UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

Du Privilège

ET

DE L'ACTION RÉSOLUTOIRE

DU

VENDEUR DE FONDS DE COMMERCE

«(o)»

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

Henri SANGUINÈDE

Lauréat de la Faculté et de la Ville de Montpellier

Avocat à la Cour d'Appel de Nimes

NIMES

— Imprimerie Régionale —

2, rue Bernard-Aton, 2

—

1912

Du Privilège et de l'Action résolutoire

DU VENDEUR DE FONDS DE COMMERCE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546002_0098

Du Privilège

ET

DE L'ACTION RÉSOLUTOIRE

DU

VENDEUR DE FONDS DE COMMERCE

«(o)»

THESE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

Henri SANGUINÈDE

Lauréat de la Faculté et de la Ville de Montpellier

Avocat à la Cour d'Appel de Nimes

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

NIMES

— Imprimerie Régionale —

2, rue Bernard-Aton, 2

—

1912

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. Vigié, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Brémond, Assesseur, professeur de Droit administratif.

Glaize, professeur honoraire.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil.

Chausse, professeur de Droit romain.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Perreau, professeur de Procédure civile.

Moye, professeur de Droit international public.

Rist, professeur d'Economie politique.

Barthélemy, professeur de Droit constitutionnel.

Giffard, professeur d'Histoire du Droit.

Morin, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil approfondi.

Bridrey, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.

Nogaro, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique.

Ricol, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.

Donnedieu de Vabres, agrégé, chargé d'un cours de Procédure civile.

Rochette, secrétaire.

MEMBRES DU JURY ;

MM. Valéry, président.

Charmont,
Ricol, } assesseurs.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Du Privilège et de l'Action résolutoire

Du Vendeur de Fonds de Commerce

PRÉFACE

Pendant de longs siècles, les fonds de commerce ne furent point considérés comme biens d'une nature particulièrement importante; l'absence presque complète de législation à leur égard en est un témoignage suffisant. On trouve avec peine en droit romain quelques textes applicables à cette matière et notre ancienne législation ne paraît point s'être préoccupée de la notion juridique du fonds de commerce. Il faut en chercher la cause dans le peu d'extansion du commerce à cette époque.

Cet état de choses s'est profondément modifié; les fonds de commerce ont pris parmi les autres biens mobiliers une importance toute particulière. Des établissements commerciaux se sont fondés qui ont atteint une valeur et une étendue considérables par suite du développement du commerce et de l'industrie.

Le législateur qui avait longtemps ignoré le fonds de commerce au point de n'édicter à son égard aucune mesure spéciale, a dû porter son attention sur cet élément

important de la fortune publique. La loi du 1er mars 1898 vint réglementer l'usage devenu fréquent de donner le fonds de commerce en nantissement. Mais cela ne suffisait point.

Longtemps les fonds de commerce se transmirent le plus souvent de père en fils et le commerçant se retirait rarement des affaires avant le moment où cette transmission était possible. Aujourd'hui, il en est tout autrement. Les ventes ou cessions de fonds de commerce sont devenus extrêmement fréquentes. Les enfants des commerçants suivent rarement la profession de leurs d'un commerce important arrive beaucoup plus rapidement qu'autrefois à se créer une fortune et, une fois en possession de celle-ci, il se retire des affaires.

Or, les ventes de fonds de commerce mettent en jeu de multiples intérêts. Le fonds de commerce sera toujours l'élément le plus important, quelquefois le seul élément de la fortune du commerçant. Les créanciers de celui-ci seront donc intéressés par un acte qui a pour résultat de faire sortir le fonds de commerce du patrimoine de leur débiteur. D'autre part le commerçant qui cède ainsi son fonds devient créancier de son prix et c'est un créancier particulièrement intéressant puisqu'il a fait entrer un élément considérable dans le patrimoine de l'acquéreur. Le législateur a tenu compte de cette double situation. Par une loi en date du 17 mars 1909, relative au nantissement et à la vente des fonds de commerce, il a édicté une série de mesures destinées à protéger les créanciers du vendeur et le vendeur lui-même. Quant à celui-ci, il a donné au privilège et à l'action résolutoire qui lui appartiennent,

en qualité de vendeur, des effets destinés à en faire de puissantes garanties contre l'acquéreur.

Les innovations de la loi à cet égard sont telles ; elles modifient si profondément le caractère du privilège et de l'action résolutoire accordés par l'article 2102, C. civ., à tout vendeur d'effets mobiliers qu'il nous a paru intéressant d'en faire l'objet exclusif de cette étude, en laissant de côté toute une série de dispositions établies par le législateur de 1909, dispositions intéressantes et nouvelles, mais dont le développement aurait dépassé le cadre de cet ouvrage.

Nous nous bornerons donc à étudier le privilège et l'action résolutoire du vendeur de fonds de commerce et les problèmes que soulève leur exercice, tant dans les rapports du vendeur avec son acquéreur, que dans ses rapports avec les autres créanciers.

INTRODUCTION

Le Fonds de Commerce

On doit entendre par fonds de commerce, tout un ensemble de choses destinées à l'exercice d'une exploitation commerciale. Cette définition a pour avantage de ne point établir de confusion entre le fonds de commerce proprement dit et ce qu'on désigne sous le nom de maison de commerce et qui comprend « l'élément « animé de l'établissement commercial, c'est-à-dire « l'ensemble des personnes qui concourent à sa direc- « tion et à son fonctionnement... » (1).

Quelle est la nature juridique du fonds de commerce ainsi entendu ?

A quelle catégorie de biens appartient-il ?

Quels éléments rentrent dans sa composition ?

Autant de questions dont la solution a fait l'objet de vives controverses.

---

(1) Valery. *Ann. de dr. com. fr. étr. et int.*, 1902, n° 5 et 6, p. 209 et 269.

SECTION PREMIÈRE

Nature juridique du fonds de commerce.

De nombreuses théories ont été émises sur la nature juridique qu'il convient de reconnaître au fonds de commerce ; on peut les ramener aux quatre conceptions suivantes :

1° Le fonds de commerce et la théorie de la personnalité morale ;

2° Le fonds de commerce et la théorie du patrimoine d'affectation ;

3° Le fonds de commerce et la théorie de l'universalité de droit ;

4° Le fonds de commerce et la théorie de l'universalité de fait.

I. — *Le fonds de commerce est une personne morale.* — D'après cette théorie, d'origine allemande, le fonds de commerce a une individualité propre et constitue une personne morale. C'est le fonds de commerce personnifié qui est créancier, propriétaire ou débiteur. Il a son nom particulier, son domicile propre, distinct de celui du commerçant, qui n'est que l'employé du

fonds. Il a un patrimoine distinct de celui du commerçant, ses créances et ses dettes propres. Cela est, dit-on, conforme à la réalité, car, en fait, la tendance est très nette dans la pratique à séparer le patrimoine spécialement affecté par le commerçant à l'entreprise commerciale de son patrimoine personnel. L'article 15 du Code allemand fait application de cette théorie ; il décide, en effet, que l'acquéreur entre vifs d'un fonds qui continue à l'exploiter sous l'ancienne raison sociale et au profit duquel il y a eu transmission de la firma est tenu des obligations souscrites par le précédent titulaire, dans l'exercice de son commerce.

Ce système a été repris et défendu par notre savant maître, M. le professeur Valéry (1). La maison de commerce a un nom, un domicile, une nationalité lui appartenant en propre, un crédit et un patrimoine distincts du crédit et du patrimoine personnels du commerçant. Ce système explique la nécessité d'une comptabilité en partie double, il explique également que l'exploitation du fonds ne soit pas nécessairement arrêtée par la mort du commerçant. D'autre part, certaines dispositions du droit français ne semblent-elles pas procéder de cette théorie de la personnalité morale du fonds de commerce. Par exemple, la loi du 17 mars 1909, prévoit que l'inscription d'un nantissement peut rendre exigibles les créances antérieures « ayant pour

(1) Valéry, *loc. cit.*

cause l'exploitation du fonds », art. 13, § 4. N'est-ce pas la reconnaissance que le fonds peut avoir des créanciers spéciaux qui auront, dans ce cas, un droit qui n'est pas accordé aux créanciers ordinaires du commerçant. De même, l'art. 32 de la loi du 17 mars 1909, prévoit le droit pour les tiers, d'obtenir un état des inscriptions grevant le fonds et un certificat portant qu'aucune inscription ne grève le fonds ou « simplement que le *fonds est grevé* ». Il semble bien que la loi considère ici le fonds lui-même, sans s'occuper du propriétaire, du commerçant.

Mais on a fait remarquer que l'esprit de notre législation va cependant à l'encontre de cette théorie, car l'article 1092 pose un principe général auquel seul un texte formel pourrait déroger. Ce texte législatif n'existe pas. D'autre part, dans la théorie de la personnalité morale, le fonds de commerce formerait un tout indivisible et le commerçant ne pourrait en distraire une quelconque de ses parties, pour en faire l'objet d'un contrat distinct, cession ou nantissement, ce qui serait manifestement contraire à la législation des fonds de commerce.

II. — *Le fonds de commerce et la théorie du patrimoine d'affectation.* — Cette théorie présente de nombreuses analogies avec la précédente. Cependant l'idée de la personnalité morale n'y est point admise. C'est l'idée d'une destination commune qui sert de lien aux divers éléments du fonds de commerce. Le patrimoine consti-

tuant le fonds sera distinct de la fortune privée du commerçant, comme au cas d'acceptation bénéficiaire d'une succession et de la séparation des patrimoines qui en est la conséquence. « Le fonds de commerce est une sorte « de pécule commercial, séparé par sa destination « même, des autres biens du commerçant, ayant ses « créanciers et ses débiteurs et dont l'aliénation com- « porte, de plein droit, cession à l'acquéreur des créan- « ces et des dettes qui en dépendent » (1).

Les mêmes critiques formulées contre la théorie de la personnalité morale, ont été invoquées contre la théorie du patrimoine d'affectation.

III. — *Le fonds de commerce et la théorie de l'universalité de droit* (2). — Le fonds de commerce est ici quelque chose d'analogue à l'hérédité. Une succession comprend un ensemble de valeurs formant un tout, ayant un actif et un passif propres. Il en sera de même du fonds de commerce. Quand le fonds viendra à passer aux mains d'un cessionnaire, les dettes et les créances iront à ce successeur. Cette doctrine a trouvé assez

---

(1) Magnin. Essai sur le nantissement des fonds de commerce et la loi du 1er mars 1898. *Ann. de dr. com.*, XIII, 1899

(2) Proud'hon. *De l'usufruit*, t. 3, nos 1025 à 1028 et t. 4, no 1851 ; Troplong, *Du contrat de mariage*, t. 4, nos 3460 à 3463 ; Laurent, *Principes du dr. civil*, t. 6, no 417.

de crédit en Allemagne. Proudhon présentait ainsi le fonds de commerce : « un tout composé de passif et « d'actif comme le droit d'hérédité, parce que ce fonds « comprend, soit les marchandises destinées à la vente, « soit les créances, soit enfin les dettes commerciales « inhérentes aux négociations du commerçant ».

A cette théorie, on objecte que la législation n'a, nulle part, accordé au fonds de commerce le caractère d'universalité juridique. M. Wahl la critiquait ainsi : « Pour que le fonds de commerce fut une universalité « juridique, il faudrait que, comme tel, il eut des ca- « ractères particuliers et qu'il fut regardé par la loi « comme entièrement distinct des éléments qui le com- « posent, car le propre de l'universalité juridique est, « comme le nom l'indique, d'avoir une existence juri- « dique. L'hérédité qui est susceptible d'une prescrip- « tion indépendante des éléments qui la composent, « peut être qualifiée d'universalité juridique ; mais, « osera-t-on soutenir qu'un fonds de commerce, droit « au bail achalandage, matériel et marchandises, peut- « être acquis par la prescription ? Non, et dès lors, « on refusera au fonds de commerce le caractère d'uni- « versalité juridique » (1).

IV. — *Le fonds de commerce et la théorie de l'universalité de fait* (2). — C'est la théorie la plus commu-

(1) Wahl. Note sous Sirey, 97. 2. 89.

(2) Aubry et Rau, t. 2, § 236, p. 527 ; Lebre, n° 2 ; Thaller, *Ann. de dr. com.*, 1887, doctrine p. 221 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 3, n°s 240 et 245.

nément répandue en France .Elle est aux antipodes de la théorie de la personnalité morale reconnue au fonds de commerce. M. Wahl, l'un des défenseurs du système, insiste sur cette idée que le fonds de commerce doit être considéré comme *universitas rerum* ; il ne faut pas y voir une masse de biens douée à un degré quelconque des caractères du patrimoine; « il n'en est « pas des éléments qui composent le fonds de com- « merce autrement que des animaux d'un troupeau, « des livres d'une bibliothèque, des tableaux d'une « galerie ou des arbustes d'une serre ; distincts au « point de vue juridique, ils ne sont indivisibles que « dans la pensée des parties » (1) ; il ne peut y avoir ici ni actif, ni passif indépendant.

Cette dernière théorie nous semble la plus conforme à la réalité. Les valeurs qui composent le fonds de commerce sont de nature très diverse. Les unes, comme les marchandises, sont meubles corporels ; les autres, comme la clientèle, ont une nature immatérielle. Sans doute, la volonté des parties peut unir ces divers éléments dans un même contrat, mais ils n'en gardent pas moins leur nature propre. « C'est ainsi, disent Aubry « et Rau, que les marchandises composant un fonds de « commerce, conservent leur qualité de meubles ». En un mot, le fait que les parties ont entendu unir des eléments de nature différente, en vue d'une destination commune, ne saurait enlever à chacun leurs caractères distincts.

(1) Wahl. Note précitée.

Aucune de ces solutions ne paraît avoir été nettement consacrée par le droit positif.

Certains pensèrent trouver dans l'article unique de la loi du 1er mars 1898, une confirmation de la théorie de l'universalité de droit. Ce texte aurait eu pour effet de faire du fonds de commerce un ensemble patrimonial indépendant. Cela serait résulté de cette constatation qu'une seule formalité suffisait pour le nantissement des divers éléments du fonds. On a invoqué l'opinion de M. Thézard, dans la discussion parlant « d'universalité juridique », ou même « d'universalité de droit ». Nous ne croyons pas qu'on puisse cependant en tirer une couclusion certaine ; le législateur de 1898 n'a pas entendu trancher cette question, les paroles de M .Thézard ne peuvent avoir cette portée ; le rapporteur s'est référé simplement à la notion courante.

En est-il autrement de la loi du 17 mars 1909 ? Nous ne pensons pas qu'on puisse davantage tirer une conclusion formelle, dans un sens ou dans l'autre. Sans doute, certaines paroles prononcées au cours de la discussion parlementaire, pourraient être invoquées dans le sens de l'universalité de fait. Le fonds de commerce, disait M. Cordelet, rapporteur de la loi « con-« tinue de subsister comme *universalité de fait* (*univer-« sum corpus*), soit par le renouvellement des mar-« chandises, soit par la conservation des objets, tels « que le matériel et les instruments de fabrication qui « ne sont pas destinés à être vendus » (1). Mais on

(1) Sénat. Séance du 29 nov. 1907, n° 73 et 161.

aurait tort d'en conclure que la nature juridique du fonds de commerce se trouve ainsi définitivement établie.

M. Cordelet nous en avertit lui-même, car, après avoir sommairement exposé pour mémoire le problème, il ajoutait aussitôt que le législateur n'aurait pas à prendre parti « dans cette controverse d'un caractère « plus théorique que pratique » (1).

(1) Ses. ord. 1905. Séance du 21 mars. *Ann.*, n° 73.

SECTION II

Caractères du fonds de commerce.

Dans quelle catégorie de biens doit-on classer le fonds de commerce ?

Dans l'ancien droit et le droit intermédiaire, certains auteurs prétendaient que le fonds de commerce devait être considéré comme un immeuble par destination ; cette idée, aujourd'hui abandonnée par la jurisprudence et la doctrine, a cependant laissé de nombreuses traces.

Le droit de gage constitué en vertu de la loi du 1er mars 1898 et de la loi du 17 mars 1909, n'est-il pas en réalité, une véritable hypothèque ? D'autre part, on admet généralement que le matériel et le mobilier commercial garnissant l'immeuble où s'exploite le fonds, s'incorporent à lui et sont frappés par l'hypothèque portant sur cet immeuble (1).

Il y a là une analogie frappante avec cette autre catégorie de biens : les navires. Leur caractère mobilier ne fut pas toujours reconnu : au moyen-âge, dans

---

(1) Riom, 30 mars 1892, *Gaz. Trib.* du 23 avril 1892, 594. 2. 103. — Lyon, 23 mars 1893, S. 94. 2. 237. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 169 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 3, n° 240.

certaines régions (notamment les Pays-Bas), ils étaient considérés comme immeubles. A certains égards, le législateur moderne, de même que pour les fonds de commerce, les traite comme des immeubles. L'hypothèque sur le navire rappelle le droit de gage dont le fonds peut être frappé. Les créanciers privilégiés sur le navire, ont un droit de suite analogue au droit de suite accordé aux créanciers privilégiés sur le fonds de commerce. Le même droit de suite existe en faveur des créanciers chirographaires du vendeur de fonds de commerce et du vendeur de navire. Enfin, la vente volontaire et la saisie de ces deux biens mobiliers sont soumises à des règles particulières.

Le fonds de commerce est donc un meuble, mais ce meuble est-il corporel ou incorporel ?

Parmi les éléments composant le fonds, les uns sont corporels, les autres incorporels ; lesquels fixeront la nature du fonds ? La question est très importante, car si le fonds est considéré comme meuble incorporel, l'article 2279 ne s'appliquera pas ; d'autre part, si c'est un meuble corporel, seuls les commissaires-priseurs seront compétents pour la vente ; si c'est un meuble incorporel, ce sera le notaire.

La loi du 1er mars 1898 gardait le silence sur cette grave question et la jurisprudence a été amenée à construire la théorie de l'élément prépondérant, guidée par cette considération pratique, qu'il importe que le même officier public soit compétent pour la vente du fonds

tout entier (1). Il faut appliquer la règle que l'accessoire suit le principal. Seulement, quel est l'élément principal ? Certaines décisions de jurisprudence croient le trouver dans l'achalandage. D'autres pensent logiquement que tout cela dépend des circonstances, en sorte que le même fonds peut être considéré tantôt comme bien corporel, tantôt comme bien incorporel. Evidemment, les théories qui accordent au fonds de commerce la personnalité morale évitent toutes ces incertitudes.

Peut-on tirer quelques indications précises de la loi du 17 mars 1909 ? Nous ne le pensons pas. Sans doute, l'article 15, parlant de la vente du gage, ordonne que le tribunal commette pour y procéder « l'officier public », sans désigner quel est cet officier, en sorte que l'on pourrait être tenté de croire que le législateur, ayant prévu que le fonds pouvait avoir un caractère tantôt corporel, tantôt incorporel, n'a pas voulu désigner tel officier public déterminé, celui-ci changeant avec la nature du fonds. Il faudrait y voir ainsi une consécration officielle de la théorie jurisprudentielle. Ce serait, à notre sens, une conclusion exagérée. Nous pensons qu'aujourd'hui comme avant, la question reste entière. Le législateur, au surplus, n'a-t-il pas indiqué en plusieurs passages des travaux préparatoires qu'il entendait ne pas prendre parti ? (2).

---

(1) Trib. de la Seine, 15 janv. 1895, S. 97. 2. 89 ; Cass., 25 juin 1895 (Sol. implic.), S. 95. 1. 409 ; Paris, 14 janv. 1896, S. 97. 2. 89 ; Limoges, 17 fév. 1897, S. 1897. 2. 170.

(2) Notamment Sess. ord. 1907. Séance du 25 janv. *Ann.* 14, rapport Cordelet.

SECTION III

Eléments du fonds de commerce.

Un fonds de commerce se compose d'éléments divers et très disparates, éléments immatériels d'une part, éléments corporels d'autre part. Mais des discussions nombreuses se sont élevées sur la compréhension du fonds de commerce.

D'après certains auteurs, cette compréhension serait singulièrement étroite ; c'est ainsi qu'il faudrait refuser d'y faire rentrer les marchandises, la clientèle, les dettes et les créances commerciales ; d'autres, au contraire, ont donné au fonds de commerce une compréhension beaucoup plus large. Enfin, il en est qui prétendent donner à la clientèle et à l'achalandage, une importance toute particulière, que n'auraient pas les autres éléments. MM. Lyon-Caen et Renault, écrivent au sujet du fonds de commerce : « Sous le nom de « fonds de commerce, on désigne un ensemble de cho- « ses qui se rattachent à l'exercice d'un commerce, « principalement l'installation matérielle, l'achalan- « dage, l'enseigne, les marchandises en magasin, le « droit au bail des lieux où s'exerce le commerce, les « marques de fabrique ou de commerce que le com- « merçant appose sur ses marchandises » (1).

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. 3, n^{os} 239 et s.

Mais la loi du 7 mars 1909, établit entre les divers éléments du fonds de commerce, une division en trois compartiments bien distincts, dont le premier comprend l'ensemble des éléments incorporels. Comme le font remarquer MM. Moutier-Faucon, parlant de la composition du fonds : « autrefois... il y avait alliance « étroite entre ses divers éléments ; aujourd'hui, le « lien juridique est quelque peu relâché. Ce n'est pas « la rupture complète, c'est l'entente cordiale. Chaque « élément a sa vie juridique propre, tout en étant asso- « cié aux autres pour l'œuvre commune : la produc- « tion des bénéfices » (1).

I. — *Eléments incorporels : a. Achalandage.* — Il arrive parfois que l'on confonde clientèle et achalandage; c'est une erreur, car il y a entre eux une nuance importante qui permet de les différencier, l'achalandage étant « l'aptitude de tout fonds d'avoir une clien- « tèle, une chance d'opérations commerciales, une « possibilité d'affaires plus ou moins marquées — « l'ensemble des relations réelles ou possibles qui peu- « vent exister entre le fonds et le public. » La loi du 17 mars 1909 a fait la différence en mentionnant séparément chacun de ces éléments, art. 1, § 2.

b. La clientèle. — La clientèle est l'ensemble des personnes qui ont pris l'habitude de s'adresser à la maison de commerce pour leurs acquisitions et leurs

(1) Moutier-Faucon. *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, p. 150, n° 8.

commandes. Elle peut d'ailleurs faire défaut. (Ex. forain).

Certains auteurs ont fait remarquer que considérer la clientèle comme un élément du fonds pouvant être cédé était assez peu logique, car comment pourrait-on céder à son successeur l'ensemble des clients qui constitue bien la clientèle ? Le commerçant ne peut céder qu'une chose, le moyen d'attirer la clientèle : « En « cédant ses biens et ses droits, le commerçant cède « ses moyens d'action sur la clientèle et, par extension, « on dit qu'il cède son influence sur la clientèle et « qu'il vend la clientèle » (1) ; aussi serait-il plus conforme à la réalité, de considérer la clientèle comme une *qualité du fonds* (2). La clientèle sera le but de l'exploitation commerciale. Néanmoins la loi en mentionnant parmi les éléments du fonds de la clientèle, en fait bien un élément distinct.

c. Brevets d'invention, licences, marques de fabrique, dessins et modèles industriels, droit de propriété littéraire et artistique, sont des éléments susceptibles de donner au fonds une grande valeur.

d. Nom commercial, enseigne. — Le nom commercial est la désignation, l'appellation sous laquelle un commerçant exerce son commerce. Quand le fonds de commerce est mis en société, le nom commercial est désigné sous l'appellation de raison sociale. C'est la firma allemande. La loi du 28 juillet 1844 a édicté des mesures destinées à en empêcher l'usurpation.

---

(1) Bayart. *Etude sur la notion du fonds de commerce.*

(2) Valery. *Ann. de dr. com. fr. étr. et int.*, 1902, nos 5 et 6.

L'enseigne est une formule plus ou moins fantaisiste qui individualise le fonds d'une façon toute spéciale (Le Bon Marché, le Louvre.....)

e. Droit au bail. — Lorsqu'un commerçant n'est pas propriétaire du lieu où s'exploite son fonds, mais en est simplement locataire, il ne peut céder que ses droits de locataire, c'est-à-dire son droit au bail. Celui-ci a une grande importance, car la prospérité d'un fonds de commerce tient le plus souvent à sa situation, et un changement de local pourrait avoir sur elle une grosse influence.

Il peut arriver que le commerçant soit propriétaire de l'immeuble dans lequel s'exploite le fonds. Il n'y aura pas alors de droit au bail. Mais certains auteurs sont allés jusqu'à dire que dans ce cas, l'immeuble pouvait être considéré comme accessoire du meuble qu'est le fonds de commerce. Un arrêt de la Cour de Montpellier a décidé à cet égard que « les immeubles « peuvent être considérés comme des meubles par la « volonté des parties lorsqu'ils se confondent comme « accessoires dans une universalité mobilière et il en « est ainsi notamment (1) des immeubles compris dans « un fonds de commerce ». C'est une idée qu'il paraît bien difficile d'admettre au point de vue strictement juridique.

II. — *Eléments corporels.* — Ils sont au nombre de deux : le matériel et les marchandises.

---

(1) 28 nov. 1897 sous Cass., 15 mai 1899. D. P. 99. 1. 353.

a. Matériel. — Il peut varier d'importance ; avoir une valeur considérable, ou, au contraire, très minime. Certains fonds de commerce exigent, en effet, pour leur exploitation des objets multiples, tels que machines ; d'autres se contentent d'un matériel presque nul qui peut être même réduit aux meubles garnissant le magasin.

Que décider au cas où le commerçant est propriétaire de son immeuble ? Il semble bien qu'aux termes de l'article 524, C. civ., le matériel doive être immobilisé, ce qui pourra d'ailleurs produire des résultats regrettables.

b. Marchandises. — On a beaucoup discuté la question de savoir si les marchandises devaient être considérées comme éléments du fonds. On faisait valoir pour la négative les termes de la loi fiscale du 28 février 1872, portant que « les mutations de propriété à « titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèle « sont soumises à un droit d'enregistrement de 2 %. « Ce droit est perçu sur le prix de vente de l'achalan- « dage, de la cession du droit au bail et des objets « mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds, « à l'exploitation des marchandises neuves garnissant « le fonds. Ces marchandises ne seront assujetties qu'à « un droit de 0,50 %, à condition qu'il sera stipulé « pour elles un prix particulier et qu'elles seront dési- « gnées et estimées, article par article, dans le con- « trat de la déclaration ». Cependant, il semble plutôt que l'on puisse tirer de ce texte la solution contraire car ce n'est qu'exceptionnellement et sous certaines

conditions que les marchandises échappent au droit de 2 % ; c'est donc qu'elles sont comprises dans le fonds.

La loi du 1er mars 1898, sur le nantissement des fonds de commerce et la loi du 17 mars 1909, ont considéré les marchandises comme éléments du fonds, mais nous aurons l'occasion de remarquer chez le législateur les traces d'une certaine répugnance à admettre les marchandises comme élément du fonds. C'est ainsi, par exemple, qu'elles ne pourront jamais être comprises dans le nantissement frappant celui-ci.

Il faut mentionner un certain nombre de valeurs qu'on considère généralement comme ne faisant pas partie du fonds : marchés à recevoir ou à livrer, créances ou dettes qui ne sont en définitive que le résultat de l'exploitation, livres et correspondances .

Remarquons enfin, qu'alors même que dans un fonds de commerce se trouveraient compris tous les éléments que nous avons étudiés, les contrats dont ce fonds est susceptible de faire l'objet, pourront ne pas porter sur tous ces éléments et n'en frapper qu'un petit nombre. Sans parler des marchandises qui se trouvent de par la loi exclues du nantissement du fonds, les éléments compris dans la cession ou le nantissement d'un fonds de commerce pourront varier au gré des parties. C'est ce qu'exprimait le rapporteur de la loi, M. Cordelet, lorsqu'il disait : « Le législateur « a sagement agi en ne définissant pas le fonds de « commerce au point de vue de la vente : la question « de savoir ce qui s'y trouve compris n'est, et ne peut « être qu'une question de fait et d'interprétation de la

« volonté des parties » (1). Dans deux cas seulement, le législateur a établi une compréhension légale du fonds. Au point de vue du privilège du vendeur, au cas où l'acte de vente ne désigne pas d'une façon précise, les éléments faisant partie de la vente. Au point de vue du nantissement « à défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, la loi a dû ici présumer l'intention des parties.

(1) RapportCordelet. Sess. ord. 1905. Séance du 21 mars, *Ann.*, n° 73.

TITRE PREMIER

CHAPITRE UNIQUE

Situation du vendeur de fonds de commerce antérieurement a la loi du 17 mars 1909. — Nécessité d'une réforme.

Tandis que la loi du 1er mars 1898, en ajoutant un alinéa à l'article 2075 du Code civil, réglementait les nantissements des fonds de commerce, en organisant pour eux la publicité, ni le Code civil, ni le Code de commerce, ni aucune loi spéciale ne s'occupaient de réglementer la vente des fonds de commerce.

Cette absence de réglementation dans la matière pourrait surprendre, alors surtout que l'on constate une augmentation toujours croissante de ces ventes, si elle ne s'expliquait en partie par le peu d'importance attachée à la propriété mobilière au moment de la rédaction du code et aussi parce qu'à cette époque, les ventes de fonds de commerce étaient beaucoup moins fréquentes qu'aujourd'hui. Ces ventes se sont multipliées dans des proportions considérables. MM. Lyon-Caen et Renault en trouvent deux causes principales : « plus de personnes cherchent à faire prompte-« ment fortune, et à se retirer des affaires ; il y a « même des personnes qui font d'une façon presque « continuelle des spéculations consistant à monter un

« établissement commercial, puis à le vendre une fois « achalandé. Il faut ajouter que les enfants des com- « merçants suivent plus rarement qu'autrefois la pro- « fession de leurs parents et que, par suite, au cas de « décès, de retraite des commerçants, les fonds de com- « merce sont plus souvent vendus » (1) ; les ventes sont même devenues si fréquentes, qu'il s'est créé toute une catégorie d'agents d'affaires qui font profession de s'entremettre pour leur conclusion (2).

Devant le développement incessant de ces ventes, la nécessité d'une réforme se faisait impérieusement sentir.

L'examen de la situation du vendeur d'un fonds de commerce sous l'empire de l'ancienne législation fera ressortir cette nécessité avec évidence.

Le fonds de commerce étant un meuble, le vendeur d'un fonds de commerce possède les mêmes garanties que tout vendeur d'effets mobiliers ; c'est dire qu'à défaut de paiement du prix de vente, il a pour sa sauvegarde : 1° le droit de rétention des articles 1612 et 1613 C. civ. ; 2° le droit de revendication de l'article 2102 ; 3° enfin et surtout le privilège et l'action résolutoire de l'article 2102, C. civ.

---

(1) Lyon-Caen et Renault, t. 3, n° 237 ; Lèbre, 14.

(2) Le bulletin de statistique du ministère des finances donne, pour l'année 1903, les renseignements suivants :

	Nombre de dispositions soumises aux droits	Valeurs sur lesquelles les droits ont été assis francs
Ventes de fonds de commerce et clientèle	54.291	258.426.486 f. 80
Ventes de marchandises neuves cédées avec le fonds de commerce	19.756	136.375.283 f. 20
	76.047	394.801.770

Mais quelle était au juste, sous l'ancienne législation, l'étendue des droits ainsi conférés au vendeur non payé ? Là commençaient les incertitudes, là éclataient les lacunes de la législation.

Le principe de l'art. 2102, Code civ., donnait évidemment au vendeur non payé le droit de faire opposition sur le prix encore dû à son cessionnaire et de se faire payer par préférence au cas où celui-ci aurait vendu le fonds ; mais que décider au cas où le vendeur se trouvait en présence d'un sous-acquéreur de bonne foi qui avait payé son prix au premier cessionnaire ? Le précédent vendeur pouvait-il, alors que rien ne restait dû sur le prix, saisir le fonds sous aliéné, et le faire vendre pour obtenir son paiement par préférence ? Si oui, on attribuait ainsi au privilège du vendeur de fonds de commerce, un véritable droit de suite, droit éminemment dangereux pour tout acquéreur de fonds qui se voyait ainsi exposé à en être dépouillé et qui ne pouvait acquérir le fonds avec sécurité qu'autant qu'il s'était assuré précédemment que tous les anciens propriétaires ou cédants successifs avaient été désintéressés. Sinon, si on refusait ce droit de suite au vendeur, on rendait singulièrement précaire la sûreté de ce vendeur qui voyait la garantie découlant de son privilège à la merci d'une revente du fonds qu'il n'avait aucun moyen légal de connaître.

La jurisprudence avait adopté cette dernière solution (1). Elle avait pensé que le principe : meubles

(1) Boutaud et Chabrol, *Traité des fonds de commerce*, nos 194 et 195.

n'ont pas de suite par hypothèque, mettait obstacle à ce que le vendeur non payé put rechercher le fonds de commerce dans les mains du sous-acquéreur de bonne foi. En outre, la jurisprudence avait été frappée par les conséquences qui auraient découlé pour les sous-acquéreurs de l'admission d'un droit de suite contre eux. En effet, disait-on, le sous-acquéreur n'a pas de moyen légal de savoir si le prix est encore dû. Il sera donc obligé pour jouir d'une complète sécurité, de se faire communiquer la quittance du prix dû au précédent vendeur et même de remonter de vendeur en vendeur jusqu'au fondateur de l'entreprise. Le vendeur, au contraire, estimait-on, sera averti par la publication dont l'usage accompagne la vente d'un fonds de commerce et pourra prendre ses mesures en conséquence.

Le même problème s'était posé pour l'action résolutoire. C'est même plutôt à son occasion qu'à l'occasion du privilège qu'il avait été discuté. Le problème se posait ainsi : Le vendeur d'un fonds de commerce qui avait obtenu la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, pouvait-il reprendre le fonds entre les mains d'un sous-acquéreur de bonne foi ?

L'intérêt de la question était considérable car si le vendeur ne pouvait plus poursuivre par la voie de l'action en revendication la chose vendue, entre les mains des tiers acquéreurs, il était à la merci d'une revente du fonds, et d'autre part, si on lui accordait ce droit, le sous-acquéreur se voyait dépourvu de toute sécurité.

La jurisprudence était d'ailleurs, très divisée sur le parti à prendre. En général, les tribunaux de com-

merce se montraient défavorables à l'exercice de l'action résolutoire par le vendeur d'un fonds de commerce contre le sous-acquéreur (1), estimant le possesseur plus intéressant que le vendeur ; le possesseur ignorait le plus souvent si les prix de vente avaient été payés aux auteurs de son vendeur et décider le contraire aurait été à l'encontre des intérêts du commerce. Les juridictions civiles plus disposées à se baser sur les principes du droit que sur les raisons de pratique avaient, en dernière analyse, admis la possibilité pour le vendeur non payé, de reprendre le fonds entre les mains du sous-acquéreur (2). Cependant, même là, les hésitations avaient été nombreuses. Les décisions admettant l'affirmative se basaient sur ce que le fonds de commerce étant un meuble incorporel, ne tombait pas sous l'application de l'article 2.279 C. civ., qui eut mis obstacle à sa revendication entre les mains de tiers, et, d'autre part, l'acquéreur de fonds ne pouvait transmettre à son cessionnaire un droit qui était résolu. L'article 1654 s'y opposait par la généralité de ses termes : *resoluto jure dantis, resovitur jus accipientis.*

Ces deux difficultés n'étaient d'ailleurs pas les seules à se présenter en ce qui concernait les droits des vendeurs de fonds de commerce.

Aux termes de l'article 550 du Code de commerce,

(1) Trib. com. de Lyon, 26 juillet 1901, *Gaz. Jud. et comm. de Lyon,* 3 déc. 1901 ; Trib. de com. de la Seine, 14 janv. 1903, *Journ. La Loi,* 27 janv. 1903 ; Trib. com. de la Seine, 23 sept. 1903, *Gaz. du Pal.*, 1903. 2. 607.

(2) Paris, 22 mai 1901, D. 1903. 2. 972. — Note Wahl, 8 déc. 1908, *Gaz. du Pal.* du 6 mars 1909.

le privilège et l'action en revendication de l'art. 2102, C. civ., au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne peuvent être exercés contre la faillite. Il en résultait qu'au cas où l'acquéreur d'un fonds de commerce tombait en faillite, le vendeur perdait l'exercice de son privilège et de son action en revendication. Que décidait-on pour l'action résolutoire ? La jurisprudence faisait une distinction. Lorsque le jugement déclaratif de la faillite avait été prononcé avant que le vendeur ait introduit son action en résolution, celle-ci était définitivement perdue ; l'action résolutoire suivait, en ce cas, le sort du privilège ; au contraire, lorsque le vendeur intentait l'action en résolution à son acquéreur et que cet acquéreur tombait ensuite en faillite, l'action ainsi introduite avant le jugement déclaratif de faillite ne pouvait plus tard être paralysée par une fin de non recevoir, tirée de l'art. 550 C. com. C'était l'application de ce principe que, pour apprécier le mérite d'une demande, il est du devoir du juge de se reporter au jour où elle a été introduite.

Qu'advenait-il enfin, au cas où le vendeur d'un fonds de commerce se trouvait en présence d'un créancier ayant sur ce fonds un droit de gage ? La doctrine et la jurisprudence admettaient que le privilège du gagiste passait avant celui du vendeur ; c'était logique, le vendeur non payé d'un fonds de commerce se trouvant dans la situation de tout vendeur d'effets mobiliers, exposé à voir son privilège tomber si son acheteur perdait par mise en gage, revente ou autrement, la possession de l'objet vendu, et, vis à vis de ce créan-

cier gagiste, n'étant qu'un simple tiers auquel le droit de gage résultant de l'inscription était opposable (1).

En résumé, la situation du vendeur d'un fonds de commerce était la suivante : en présence d'un acquéreur en faillite, le vendeur se trouvait privé de son droit de revendication et de son privilège aussi bien que de son action résolutoire ; en présence d'un créancier gagiste, il se voyait primé par celui-ci. Mais, d'autre part, la situation du tiers acquéreur de bonne foi était non moins précaire puisqu'il était exposé à se voir dépouillé du fonds qu'il avait acquis.

Comme il arrive d'ailleurs presque toujours en pareil cas, la pratique avait cherché à suppléer au défaut de réglementation de la matière et les abus constatés avaient donné naissance à des usages.

Le commerçant qui vendait son fonds se faisait consentir un nantissement sur ce fonds par son acquéreur. Or, le privilège du créancier gagiste était depuis la loi de 1898 rendu public par l'inscription au greffe, et, par suite, opposable à la faillite. Ainsi le vendeur parvenait à tourner la difficulté. Cela permettait également au vendeur de ne pas être primé par le créancier nanti sur le fonds du chef de l'acquéreur, ce créancier n'ayant qu'une inscription postérieure à celle du nantissement consenti au vendeur.

Cette clause était devenue de style. On ne pouvait la considérer comme illicite, l'acheteur étant maître de disposer de son fonds comme il l'entendait. Mais elle

(1) Aubry et Rau, 5e édition, t. 3, pp. 803-804 ; Laurent, t. 29, n° 529 ; Amiens, 8 mai 1906, *P. F.*, 1907. 2. 109.

avait un gros inconvénient ; elle épuisait du même coup tout le crédit du nouveau commerçant, cela au début même de sa vie commerciale, à une époque où ce crédit pouvait lui être particulièrement nécessaire. Aussi les chambres de commerce se montraient-elles nettement hostiles à cette façon de procéder. Cet état d'esprit se fit jour lors de l'enquête qui fut faite auprès des diverses chambres de commerce, à propos de l'étude par la Société d'études législatives d'une réforme de la loi, sur le nantissement des fonds de commerce.

C'est ainsi que dans un rapport présenté par M. Larouette, à la Chambre syndicale des grains et farines de Paris (1), l'inconvénient signalé se trouvait nettement exprimé : « ... il est un autre point qu'il est « nécessaire de mettre en relief, d'autant plus que « cette manière de faire peut devenir extrêmement dan- « gereuse pour le commerce ; beaucoup de vendeurs « de fonds prennent un nantissement sur les sommes « que leur acheteur reste leur devoir sur le prix de « vente du fonds ; notez bien que pour ce solde, ils « reçoivent déjà des billets ayant souvent deux ou trois « signatures. L'art. 550 C. com., dit que : le privilège « et le droit de revendication établis par le n° 4 de « l'article 2102, C. civ., au profit du vendeur d'effets « mobiliers, ne seront point admis au cas de faillite. « Donc, en cas de faillite, le vendeur d'un fonds de « commerce n'avait aucun privilège. Il n'en est plus de « même avec la loi du 1er mars 1898, et il est impos-

(1) *Bulletin de la Soc. d'études législatives*, p. 303. — Dans le même sens rapport présenté par M. Vendry à la Chambre de commerce de Lyon ; id. p. 603.

« sible de faire remonter la cessation du paiement « avant la prise du nantissement, puisque celui-ci « est consenti à l'entrée de l'acheteur dans le fonds, « c'est-à-dire avant qu'il ait fait réellement des affai- « res. Les conséquences de ce privilège seront terri- « bles pour les fournisseurs, quand ils se trouveront « en face de certains vendeurs qui n'ont cherché qu'à « écraser leurs successeurs sous des charges trop for- « tes, afin de pouvoir reprendre le fonds à bon compte. « Les abus qui ont nécessité en 1838 l'adoption de « l'art. 550, C. com., sont encore les mêmes aujour- « d'hui et il serait nécessaire que cet article eut tou- « jours force de loi... et que les nantissements pris par « les vendeurs de fonds pour tourner la loi fussent « nuls en cas de faillite puisque l'article 550, C. com., « n'est pas abrogé. »

D'un autre côté, l'usage s'était établi dans plusieurs villes, notamment à Paris et à Lyon de faire publier la vente des fonds de commerce par l'acquéreur dans certains journaux. Cet usage était une sauvegarde pour le tiers acquéreur de bonne foi (1). Le vendeur

(1) L'usage qui s'était développé dans certaines villes, ordonnait la publication de la vente et laissait aux créanciers du vendeur un certain délai pour lui permettre de faire opposition. Cet usage paraît avoir été consacré quelque temps par la jurisprudence (Trib. de la Seine, 5 fév. 1859, 29 mai 1878. — *Le Droit*, 2 juillet 1878 et 3 juin 1882, 21 mars 1868, D. 68. 3. 96). En Algérie, il y avait même une législation écrite ; un arrêté du gouverneur de la colonie du 19 déc. 1831, décidait que communication du contrat devait être faite par affiches à la Chambre de commerce d'Alger par le vendeur ou l'acquéreur. En outre, un extrait de l'acte de vente devait être apposé et affiché au greffe de la Cour de justice. — ***Bull. de la Soc. d'ét. législ.***, pp. 425, 278 et s., 379 et s.

non payé averti au même titre que les autres créanciers pouvait alors faire annoncer son intention de poursuivre le fonds et le tiers acquéreur pouvait agir en conséquence. Mais ce n'était là qu'un moyen purement facultatif ; en effet, la publication ne pouvait purger l'action résolutoire du vendeur et si le vendeur gardait le silence, le sous-acquéreur n'en était pas moins exposé à l'action résolutoire. D'ailleurs, comme il arrive en matière d'usage, on discutait sa force obligatoire et un revirement s'était produit dans la jurisprudence contre l'opinion qui lui attribuait force de loi. (Jugement du Trib. civ. de la Seine, 4 juin 1888. *Ann. de dr. com.*, 1884 1. 6). « Attendu qu'il n'existe aucun texte de loi qui différencie la vente de fonds de commerce d'avec les autres ventes mobilières). » En outre, cet usage était inconnu dans certaines grandes villes (Epinal, Bordeaux, Montpellier). Seule une loi peut avoir une portée générale, uniforme et non discutée.

Cet état de choses avait uniquement pour cause le défaut de publicité de la vente, ainsi que du privilège et de l'action résolutoire.

Aucune disposition législative ne réglant la transmission des fonds de commerce, la vente se trouvait parfaite par le seul consentement des parties contractantes, même à l'égard des tiers, d'ou situation désavantageuse du créancier qui ignorait la revente du fonds et n'avait aucun moyen de la connaître; du tiers acquéreur qui ignorait si le prix avait été payé au précédent vendeur et si le privilège existait encore ; du vendeur dont le privilège n'étant pas inscrit se trou-

vait dépourvu du droit de suite et impuissant contre la faillite. La préférence donnée au créancier gagiste sur le vendeur ne pouvait non plus s'expliquer que par le caractère occulte du privilège du vendeur alors que celui du créancier gagiste était rendu public par l'inscription. Et, en effet, le vendeur du fonds de commerce est certes aussi intéressant que le créancier gagiste, car il a mis le fonds de commerce dans le patrimoine du débiteur. Comme le disait M. Percerou (1) «... La vérité c'est que notre législation relative au « fonds de commerce présente une lacune regrettable, « pour que l'institution fonctionne d'une manière pra- « tique et satisfaisante, il faudrait organiser pour le « fonds de commerce un système de publicité analo- « gue à celui existant pour les droits réels immobi- « liers ». Le législateur qui l'avait parfaitement compris lorsqu'il édictait la loi du 1er mars 1898 sur les nantissements, aurait dû le faire pour la vente.

Le défaut de législation sur la vente des fonds de commerce apparaissait surtout quand on envisageait la situation des créanciers du vendeur, c'est principalement à cet égard que les Chambres de commerce firent entendre des réclamations. En 1881, la Chambre de commerce de Dijon émettait un vœu relatif à la publication obligatoire de la vente des fonds de commerce et le renouvelait dans une délibération du 26 avril 1882. Cet exemple fut suivi par 35 chambres de commerce.

Ces réclamations devaient attirer l'attention sur

(1) D. 1903. 1. 97. et la note.

l'ensemble des inconvénients résultant de la non-publicité aussi bien du privilège que de la vente. Cependant l'intervention législative se fit longtemps attendre. Divers projets de loi n'aboutirent pas. Le 14 juillet 1885, MM. Mazeau et Dietz Monin déposaient au Sénat une proposition de loi (1) organisant la publicité des ventes de fonds de commerce, avec faculté d'opposition par les créanciers du vendeur. Prise en considération le 5 décembre 1885, elle n'eut pas de suite.

Une proposition de loi déposée par M. Gervais à la Chambre des députés le 21 mai 1902 (2) établissant une procédure de surenchère au profit des créanciers du vendeur, subit le même sort que la précédente.

Ces projets étaient d'ailleurs fort restreints et laissaient dans l'ombre une quantité de questions importantes. L'extension aux ventes de fonds de commerce de la publicité organisée pour les nantissements, avait était envisagée au moment de la confection de la loi de 1898 sur les nantissements. Mais le rapporteur au Sénat, M. Thezard, après avoir indiqué l'utilité d'une réforme en ce sens ajoutait : « Il ne nous a pas semblé « que cette extension dans la portée de la loi, put « être immédiatement abordée. La question peut, en « effet, présenter de multiples aspects qu'il y aura « lieu d'examiner d'une façon approfondie, et nous « aurions craint de retarder par là le vote d'une réfor- « me vivement désirée par le commerce des grandes « villes. Peut-être, d'ailleurs, y a-t-il moins d'urgen- « ce à régler la cession que le nantissement; en cas

(1) *Journ. Off. doc. parl.*, fév. 1886, p. 325.

(2) *Journ. Off. doc. parl.*, mai 1902, 5. 371.

« de cession, presque toujours la prise de posses-
« sion, fait nécessairement public, suit de très près
« l'acte même de cession et très bref, par conséquent,
« est le délai où les tiers peuvent être induits en er-
« reur sur le réel titulaire du fonds; les actions en nul-
« lité, ouvertes par le droit commun, pour cause de
« fraude, offrent presque toujours un remède suffi-
« sant aux personnes lésées. » C'était donc, encore une fois, l'ajournement de toute réforme. Cependant le besoin en devenait chaque jour plus urgent. Le 2 juin 1903, le tribunal de commerce de la Seine (1), signalait cette nécessité en des termes particulièrement précis. La même année, la société d'études législatives étudiait les réformes à apporter à la règlementation du nantissement des fonds de commerce et envisageait la question de la publicité de la vente et du privilège du vendeur. Les vœux émis à ce sujet par la Commission d'études ont reçu en grande partie satisfaction par la promulgation de la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce due à M. le sénateur Cordelet qui en déposa le projet et fut le rapporteur de la Commission. Cette loi fixe, a-t-on dit, le « statut » des fonds de commerce.

(1) *Gaz. des Trib.*, 21-23 sept. 1903.

TITRE II

Le Privilège du vendeur de Fonds de Commerce et la loi du 17 mars 1909

L'étude du privilège du vendeur de fonds de commerce tel qu'il est organisé par la loi du 17 mars 1909 nous révèlera de grandes analogies avec le privilège du vendeur d'immeubles.

En organisant le nantissement des fonds de commerce de manière à en faire une véritable hypothèque, le législateur a amené l'idée d'un rapprochement entre les fonds de commerce et les immeubles ; l'organisation du privilège du vendeur est conforme à cette idée. Sans doute, il ne faudrait pas pousser trop loin cette comparaison et, par exemple, en matière de vente de fonds de commerce, nous ne retrouvons pas la nécessité d'une transcription destinée à rendre le contrat de vente opposable aux tiers (la publication organisée par la loi nouvelle n'ayant aucunement ce but), mais il n'en reste pas moins que les règles qui régissent le privilège du vendeur d'immeubles se retrouvent dans l'organisation du privilège du vendeur de fonds de commerce. L'un et l'autre ne peuvent avoir d'effet qu'autant qu'ils ont été rendus publics. Le droit de vente et le droit de préférence attachés aux privilèges immobiliers appartiennent également au vendeur privilégié de fonds de commerce et, comme conséquence, le législateur organise une purge du privilège analogue à la purge des

privilèges immobiliers et des hypothèques. Ces analogies tiennent à ce que, à la différence de la généralité des meubles le fonds de commerce a une assiette fixe, déterminée, qui permet de le situer, circonstance que nous retrouvons à propos de cet autre bien mobilier : les navires.

CHAPITRE PREMIER

Conditions de forme

Deux conditions essentielles sont exigées par la loi pour qu'il y ait privilège au profit du vendeur d'un fonds de commerce (art. 1). Il faut 1° que la vente ait été constatée par un acte authentique ou sous seing privé ; 2° que le privilège ait été inscrit sur un registre public.

SECTION PREMIÈRE

Nécessité d'un acte écrit constatant la vente. — Il ne faut pas exagérer la portée de cette exigence de la loi ; entre parties, il n'est rien changé aux dispositions de l'article 1583 c. civ. d'après lequel la vente est parfaite entre les parties dès qu'elles sont convenues de la chose et du prix. Cette innovation a un tout autre but. Elle n'est exigée que pour assurer l'existence du privilège du vendeur. C'est ce qui est nettement indiqué dans les travaux préparatoires : « L'écrit, dit M. Cor-« delet, rapporteur de la loi, est nécessaire dans « l'intérêt des tiers comme du vendeur pour prévenir « toute contestation sur l'étendue du privilège. Il

« importe en consolidant le privilège et en le rendant « opposable aux tiers acquéreur de bonne foi et à la « faillite d'exiger dans le contrat le plus de précision « possible... Nous n'exigeons nous-mêmes l'acte écrit « que comme condition de l'existence du privilège du « vendeur ; la vente quant à sa validité et à ses modes « de preuve, reste soumise au droit commun ». (1).

C'est donc, dans l'esprit du législateur, en vue de prévenir toute contestation sur l'étendue du privilège qu'est exigé l'acte écrit. Mais il est selon nous, une raison au moins aussi décisive. L'article 24 de la loi de 1909 ordonne que deux bordereaux doivent être dressés contenant certaines indications relatives à la vente, ordonnées par la loi. On conçoit que pour dresser ces bordereaux, la nécessité d'un acte écrit constatant la vente et ses conditions s'impose. Il faut que le greffier puisse collationner cet acte avec les bordereaux et s'assurer ainsi de la sincérité des mentions qui y sont contenues.

Tel est le caractère et le rôle de cet écrit constatant la vente. Il ne donne donc pas à la vente d'un fonds de commerce le caractère d'un acte solennel.

Cet acte écrit devra, d'après la nouvelle loi, être enregistré. Indépendamment de l'importance de cet enregistrement au point de vue de la date de l'acte sous seing privé, on peut se demander si la nécessité de cet acte écrit et de son enregistrement ne devrait pas donner lieu à de nouveaux droits à percevoir. Evidemment non. Si l'on consulte la loi fiscale du

(1) Sess. ord. 1907, Séance du 25 janvier. Ann. 14.

28 février 1872, on y voit que la vente d'un fonds de commerce est sujette aux droits d'enregistrement même lorsqu'il s'agit d'une vente purement verbale. L'article 18 de la loi de 1872 est formel. La nécessité de l'écrit établi par la loi du 17 février 1909 ne crée donc pas un droit nouveau.

Mais il est certain que cette nécessité crée pour l'administration un nouveau moyen de contrôle. C'est ce qu'exprimait dans la discussion de la loi, le rapporteur, M. Cordelet. « Le trésor bénéficiera des mesures « édictées par la présente proposition de loi en vue « d'assurer la publicité des mutations de fonds de « commerce et de prévenir les fraudes et dissimula- « tions dans les contrats. »

Et voici en quelle manière il en bénéficiera. « L'exis- « tence du privilège du vendeur étant subordonnée à « une double condition : constatation de la vente par « un acte authentique ou sous seing privé, et inscrip- « tion du privilège sur un registre public, il en « résultera pour l'administration de l'enregistrement « de nouveaux moyens de contrôle. » (1).

Cet acte écrit peut être authentique ou sous seing privé. L'art. 1 exige qu'il soit déposé au greffe du

(1) Antérieurement à la loi du 17 mars 1909, l'absence d'acte écrit constatant la vente, donnait lieu à une fraude assez fréquente. Certains intermédiaires se faisaient autoriser par les parties après la signature de l'acte de vente, à faire une déclaration dans laquelle une partie seulement du prix était avouée, les droits ainsi éludés leur étaient attribués à titre d'honoraires. Les particuliers se trouvaient ainsi exposés aux poursuites de l'enregistrement au cas où la fraude serait découverte. La nécessité d'un acte écrit mettra fin à cette pratique.

Tribunal de commerce. C'est la même formalité qui est exigée pour l'acte de nantissement du fonds de commerce par imitation de l'article 8 de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime. Nous pensons que l'on peut considérer cette formalité comme essentielle.

Quel est le but de ce dépôt ? Le législateur a voulu permettre aux notaires, chargés de vendre le fonds par autorité de justice, d'établir l'origine de la propriété du fonds.

Ainsi donc, par une véritable dérogation au droit commun, l'existence du privilège au profit du vendeur de fonds de commerce est liée à la nécessité d'un acte écrit constatant la vente. Ce n'est que sur le vu de cet acte écrit que le greffier du Tribunal de commerce pourra procéder à l'inscription du privilège.

SECTION II

Inscription du privilège

A la différence des objets mobiliers en général, le fonds de commerce a une assiette fixe et déterminée, qui permet de rendre public le privilège du vendeur d'un fonds de commerce par son inscription ; de même que l'assiette spéciale du navire, déterminée par son immatriculation, permet de rendre publique par son inscription l'hypothèse frappant le navire.

Lieu de l'inscription. — Où se fera cette inscription ? L'article 1 de la loi du 17 mars 1909 ordonne que cette inscription soit faite au greffe du tribunal de commerce du lieu où s'exploite le fonds. La même loi dans son article 10, prescrit une règle identique pour le privilège résultant du contrat de nantissement ; c'est au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité que doit se faire cette inscription. Il était naturel qu'il en fut ainsi ; c'était la même règle qui existait sous l'empire de la loi du 1er mars 1898 pour le nantissement. On ne concevrait pas que pour la vente, l'inscription dût être faite dans un greffe différent, et cela d'autant moins que la vente d'un fonds de commerce est un acte de commerce, ce qui n'est pas toujours vrai pour un nantissement de

fonds de commerce. S'il n'y a pas de tribunal de commerce, c'est au greffe du tribunal civil de l'arrondissement que cette formalité doit être remplie.

Délai dans lequel l'inscription doit être prise. — L'inscription d'après l'article 2, § 1, doit être prise, à peine de nullité dans la quinzaine de la date de l'acte de vente.

La brièveté de ce délai a soulevé des critiques dont la Chambre des notaires de Paris s'est fait l'organe. Celle-ci a fait remarquer que lorsqu'une vente de fonds de commerce avait lieu, le prix des marchandises n'était pas fixé dans l'acte même de vente ; le plus souvent, il est procédé ultérieurement à une expertise en vue de déterminer la valeur des marchandises. *Quid* si cette expertise n'était pas terminée dans le délai de quinzaine imparti par la loi, comment inscrire alors le privilège du vendeur en ce qui concerne le prix des marchandises ? La même difficulté peut se présenter pour le matériel lorsque l'acte de vente se réfère à une expertise pour en fixer la valeur.

Malgré ce, la Commission n'a pas cru devoir modifier ce délai. Il ne fallait pas que le vendeur put en retardant l'inscription laisser croire aux tiers que le prix avait été payé comptant ; d'autre part, le rapporteur de la loi au Sénat, M. Cordelet, répondant aux critiques de la Chambre des notaires faisait remarquer que « si exceptionnellement, ce délai de quinzaine est « insuffisant pour l'expertise du matériel et des mar- « chandises, de même que si la prise de possession est « ajournée à une époque plus ou moins éloignée, il

« sera toujours possible de faire d'abord une promesse « de vente et de ne dresser l'acte définitif de vente que « lorsque le prix des divers éléments du fonds sera « connu » (1).

Suivant le droit commun tel qu'il est formulé dans l'article 2113 du Code civil : « Toutes créances privi- « légiées soumises à la formalité de l'inscription, à « l'égard desquelles les conditions prescrites pour con- « server le privilège n'ont pas été accomplies, ne cessent « pas néanmoins d'être hypothécaires ; mais l'hypo- « thèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque « des inscriptions ». Pour le privilège résultant de la vente d'un fonds de commerce, la sanction du défaut d'inscription dans les délais voulus est beaucoup plus sévère. C'est la nullité même de ce privilège. Ici encore, l'idée dominante, c'est qu'il faut assurer la sécurité des tiers et empêcher toute manœuvre destinée à induire les tiers en erreur. C'est ce qu'affirmait le rapporteur de la loi au Sénat, M. Cordelet : « Une sanction plus « rigoureuse a paru ici nécessaire pour éviter que le « vendeur, en retardant l'inscription, laisse ignorer « l'existence du privilège aux tiers qui traitent avec

(1) Sess. extraordinaire 1907. Séance du 29 novembre, Ann. n° 313. Il faut en conclure que lorsqu'il y a eu d'abord promesse de vente et ensuite acte définitif, c'est de la date de ce dernier que commence à courir le délai de quinzaine, même si la promesse de vente est bilatérale et vaut vente.

son acquéreur et qui seraient fondés à croire que le « prix a été payé comptant » (1).

Mais une difficulté peut se présenter au sujet de l'application même de cette sanction. La loi prévoit que l'acte de vente peut être authentique ou sous-seing privé. Si on est en présence d'un acte de vente authentique, le délai de quinze jours courra de la date même de l'acte ; mais si l'acte est sous-seing privé, quelle sera la date servant de point de départ au délai de quinzaine ? On sait qu'un acte sous-seing privé n'acquiert date certaine que sous les conditions prévues par l'article 1328, notamment du jour où il a été enregistré. Le délai de quinzaine courra-t-il du jour de la date de l'acte, bien que cette date n'ait pas force probante ou seulement du jour de son enregistrement ? Nous pensons, quant à nous, que ce délai partira de la date même de l'acte. C'est la solution donnée par le *Répertoire général pratique du notariat* : « ... Le délai « de quinze jours court de la date de l'acte. Si la vente « résulte d'un acte authentique, c'est la date de cet « acte qui est le point de départ du délai... » (2).

Bien que cette solution ne semble pas au premier abord conforme à l'article 1328, elle se défend sans difficulté. C'est qu'en effet, il reste vrai que les actes

---

(1) Sess. ord. 1907. Séance du 25 janvier, Ann. 14. Trib. com. Seine, 5 sept. 1911. Loi, 5 octobre 1911 est nulle, l'inscription du privilège du vendeur d'un fonds de commerce qui n'a été faite qu'après l'expiration du délai de quinzaine fixé par la loi. Il y a lieu d'ordonner au greffier d'en opérer la radiation.

(2) *Répertoire général pratique du Notariat*, 1909, n° 10.

sous-seing privé font foi par eux-mêmes de leur date entre les parties contractantes, leurs héritiers et ayant cause ; à l'égard des tiers seulement, l'acte sous-seing privé n'a véritablement d'autre date que celle résultant de l'un des événements énumérés par l'article 1328 (1). Dès lors, vis à vis du vendeur qui a fait inscrire le privilège, et qui, lui, n'est pas un tiers, la date réelle est bien la date de l'acte. Quant aux tiers, pour eux, la question ne se pose pas Les tiers auront toujours intérêt à ce que le délai pendant lequel les parties auraient dû s'inscrire soit aussi bref que possible. Or, s'ils invoquaient l'article 1328, cela aurait un résultat contraire. Et, enfin, il y a une autre raison de décider ainsi : c'est le désir du législateur, qui ressort nettement des travaux préparatoires, d'éviter tout retard dans l'accomplissement des formalités qu'il exige ; il est clair que si les parties pouvaient reculer à leur gré, le point de départ du délai de quinzaine, ce désir ne serait pas atteint (2).

Notons que ce délai de quinzaine n'est pas franc, puisqu'il n'y a de franchise que pour les délais dans lesquels une personne est tenue d'obtempérer à une signification qui lui est faite.

Formalités de l'inscription. — Il ne saurait être question d'étudier ici le détail de ces formalités dont la plupart ne sont que la reproduction de l'article 8

(1) Demolombe, t. 29, nos 507, 521 et s. ; Aubry et Rau, t. 8, p. 249, § 756.

(2) *Sic* Bouvier-Bangillon, *Lois Nouvelles*, p. 366, année 1909.

de la loi de 1885, sur l'hypothèque maritime et de l'article 2148 C. civ. Mais il y a certaines questions particulièrement intéressantes sur lesquelles il convient de s'arrêter.

L'article 24 de la loi, énumère les formalités à remplir pour l'inscription du privilège du vendeur. Cet article est d'ailleurs commun à la vente et au nantissement.

Le législateur exige la production par le vendeur de deux bordereaux sur papier libre (1), dont l'un pourra être porté sur l'original ou sur l'expédition du titre. Un premier texte du projet soumis au Sénat prévoyait la nécessité au bas de ces bordereaux de la signature du requérant. C'était une analogie de plus avec l'hypothèque maritime. Dans la pensée des rédacteurs du texte primitif il y avait là un supplément de garantie nécessité par ce fait que l'acte de vente peut être sous-seing privé et n'offre pas les garanties de l'acte authentique. La décision contraire l'a définitivement emporté, « la représentation et le dépôt au greffe de l'acte de vente... présentant des garanties suffisantes ».

La question la plus intéressante qui se pose au sujet des formalités de l'inscription est celle de la sanction que pourrait entraîner le défaut de certaines mentions prescrites par la loi.

Cette question n'est pas nouvelle. Le Code civil ne l'a pas tranchée en ce qui concerne les hypothèques ou

(1) C'est une différence avec l'art. 2148, C. civ. et la loi de 1885, sur l'hypothèque maritime qui exigent des bordereaux sur papier timbré.

les privilèges, ni la loi de 1885 sur l'hypothèque maritime .La doctrine et la jurisprudence se sont depuis longtemps accordées pour admettre une distinction entre les énonciations substantielles et les énonciations dites réglementaires ou accessoires. Seules, les premières sont exigées à peine de nullité de l'inscription.C'est un cas de nullité virtuelle. On considère ces énonciations comme indispensables à la réalisation du but que la loi veut atteindre (1). Nous pensons que cette distinction doit être transportée dans notre matière.

Cette solution ne supprime d'ailleurs pas toute difficulté, puisqu'elle engendre un nouveau problème à résoudre. Quelles énonciations seront réglementaires, quelles énonciations seront substantielles ? MM. Aubry et Rau, s'inspirant du but de la loi qui est la sécurité des tiers définissaient les énonciations substantielles : celles qui sont nécessaires « à la complète réalisation du double principe de la spécialité et de la publicité des hypothèques » excellent critère qui doit être transporté à notre matière. Dans chaque espèce, les tribunaux se souviendront que le but de la loi est d'éclairer les tiers sur la situation commerciale de leur débiteur et prononceront la nullité de l'inscription toutes les fois que l'irrégularité commise sera de nature à induire les tiers créanciers en erreur.

Nous en concluons que serait nulle l'inscription qui désignerait le créancier ou le débiteur d'une façon tel-

---

(1) Duranton, t. 20, nos 104 et s. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 3, nos 1689 et s. — Aubry et Rau, t. 3, pp. 346 et s.

lement vague qu'elle pourrait entraîner une confusion (1), sans que cependant l'omission d'un prénom par exemple suffise à entraîner la nullité pas plus d'ailleurs que l'omisson de la profession (2).

Mais nous insisterons particulièrement sur la nécessité absolue qu'il y a d'indiquer la date d'une façon précise. Ce qui conduit à cette exigence, c'est le délai fatal de quinzaine établi par l'article 2. Or, on conviendra que si certains arrêts ont prononcé la nullité d'une inscription d'hypothèque pour omission de la da-

---

(1) Bordeaux, 20 mai 1892, D. 92. 2. 416.

(2) L'art. 27 prévoit que le titre constitutif peut être à ordre, la négociation entraîne la translation du privilège. Le rapporteur de M. Cordelet dit à ce sujet : « L'inscrip-« tion mentionnera la modalité particulière du titre ; « mais tant que le porteur ne se sera pas fait connaître « par une annotation en marge de l'inscription, toutes les « notifications relatives à l'inscription seront valablement « faites au créancier bénéficiaire de l'inscription ».

Un jugement du tribunal de commerce de la Seine, en date du 3 novembre 1911, décide que le tiers porteur endossataire des billets souscrits par l'acquéreur d'un fonds de commerce au profit de son vendeur en règlement du prix de ce fonds est en droit, au cas où les dits billets ne sont pas payés à l'échéance de se prévaloir des dispositins de l'art. 16 de la loi du 17 mars 1909 et de faire ordonner la mise en vente du fonds, conformément aux dispositions de ce texte, alors du moins que le vendeur a fait régulièrement inscrire son privilège. Il ne servirait en rien d'objecter que les dispositions de l'art. 27 de la loi de 1909 ne peuvent s'appliquer qu'au cas où le titre d'où résulte le privilège inscrit est lui-même à ordre ; en effet ,aux termes de l'art. 136 C. com., l'endossement régulier transmet à l'endossataire la propriété de l'effet endossé, et, avec cette propriété, le bénéfice de tous les accessoires et garanties de la créance originaire. *Gaz. Pal.*, 1912, p. 200.

te du titre, il y a une raison *a fortiori*, pour en décider de même en matière commerciale pour le privilège du vendeur. En matière civile, un privilège non inscrit dans le délai voulu ne produira d'effet qu'à partir de son inscription ; le privilège du vendeur de fonds de commerce disparaîtra et cette sanction rigoureuse doit dicter pour l'omission de la date une sanction semblable (1).

L'indication du titre, c'est-à-dire de l'acte de vente est prescrite par la loi, mais il convient d'observer qu'il n'y a pas là une mention essentielle.

La loi exige que dans le bordereau soient mentionnés « les prix de la vente établis distinctement pour le « matériel, les marchandises et les éléments incorporels « du fonds ». Cette exigence de la loi mérite une attention particulière. Le privilège ne produira jamais effet que pour les sommes énoncées dans le bordereau. Si l'on suppose le cas où les sommes mentionnées dans le bordereau sont inférieures aux prix réels indiqués dans l'acte, c'est uniquement pour ces sommes que sera conservé le privilège et non pour la somme supérieure indiquée dans l'acte.

Mais, en sens inverse, il pourrait arriver que les sommes portées aux bordereaux soient supérieures aux prix indiqués dans l'acte. Nous ne croyons pas que dans cette hypothèse, il faille prononcer la nullité de l'inscription, mais celle-ci ne produira son effet que jusqu'à concurrence des sommes réellement dues.

La loi exige que sur les bordereaux soient mention-

(1) *Revue de législation*, 1909, p. 368, n° 73.

nés les prix distincts respectivement afférents au matériel, aux marchandises et aux éléments incorporels du fonds.

Quelle serait la sanction de l'inobservation de cette règle ? Il faut, pour trancher cette question, se rappeler que le législateur a en quelque sorte subdivisé la créance du vendeur de fonds de commerce en trois créances distinctes : créance du prix des marchandises, créance du prix du matériel, créance du prix des éléments incorporels du fonds. A chacune de ces créances correspond dans l'esprit du législateur un privilège distinct. Or, si on accepte avec nous, la théorie universellement admise aujourd'hui des nullités virtuelles, nous voyons qu'on s'accorde à reconnaître comme substantielle l'indication du montant de la créance. Deux cas peuvent alors se présenter.

1° Un prix simplement global est mentionné dans l'inscription ; il s'ensuit que le montant de chacune des créances n'est pas indiqué et l'inscription est nulle.

2° Un prix distinct n'a été indiqué dans l'inscription que pour certains éléments du fonds : le privilège n'existera que pour la partie du prix afférente à ces éléments. (1).

La loi mentionne « la désignation du fonds de com-« merce et de ses succursales, s'il y a lieu, avec l'indi-« cation précise des éléments qui les constituent et « sont compris dans la vente ». La désignation précise du fonds et des éléments qui le composent est de toute importance. Il peut arriver que cette désignation soit

(1) *Sic* Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 369.

d'une insuffisance telle qu'elle ne permette pas à la seule inspection des registres du greffe de distinguer, d'une façon certaine, le fonds grevé. Dans cette hypothèse, la nullité pourrait s'imposer. Ce sera une question d'appréciation pour les tribunaux.

« Si la vente s'étend à d'autres éléments du fonds de « commerce que l'enseigne, le nom commercial, le « droit au bail et la clientèle, ces éléments doivent être « nommément désignés ». C'est une conséquence de cette double notion du fonds de commerce qui résulte de la loi nouvelle : fonds de commerce *stricto sensu*, fonds de commerce *lato sensu*. Si donc aucune indication n'est faite des éléments du fonds de commerce dans l'inscription, il n'y aura pas lieu de prononcer la nullité de l'inscription, mais seulement de ne considérer l'inscription comme valable que pour l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail et la clientèle qui constituent le fonds de commerce *stricto sensu*.

La loi exige enfin une dernière mention : « élection « de domicile par le vendeur ou le créancier gagiste « dans le ressort du tribunal de la situation du fonds ».

Quelle est la raison d'être de cette exigence ? Le législateur a prévu un certain nombre de modifications à adresser aux créanciers inscrits (v. notamment art. 17, 20, 22) ; l'élection de domicile était nécessaire pour permettre ces diverses notifications. L'existence d'un domicile réel du créancier dans le ressort du tribunal de commerce de la situation du fonds ne le dispenserait pas de faire élection de domicile.

Le rapporteur de la loi prévoyant la possibilité d'un changement de domicile élu, déclarait applicable à

notre matière, la décision ministérielle du 28 pluviôse, an XI, en vertu de laquelle le conservateur des hypothèques peut mentionner en marge de l'inscription, le changement de domicile élu en vertu d'une déclaration signée par le créancier sur le registre, ou reçue par un notaire. Il a été jugé en matière hypothécaire que l'absence d'indication du domicile serait susceptible d'entraîner la nullité de l'inscription (Cass. 28 mars 1882, S. 82. 1. 63).

Mentions en marge. — Le greffier peut être appelé à faire en marge de l'inscription principale, certaines inscriptions : antériorités, subrogations, radiations, déclarations de changement de domicile élu, déplacement de fonds. L'étude de la radiation de l'inscription nous montrera une différence importante entre les subrogations et les antériorités d'une part et les radiations de l'autre quant à la nature du titre en vertu duquel ces différentes opérations pourront être mentionnées en marge de l'inscription principale. En effet, tandis que les antériorités et les subrogations peuvent résulter d'un acte sous-seing privé, la radiation ne peut être opérée qu'en vertu d'un acte authentique.

Quelles seront les obligations des greffiers des tribunaux de commerce relativement à ces inscriptions ?

Le législateur n'a fait dans ses articles 32 et 33, que reproduire le droit commun. Notons seulement en passant, une innovation pratique de la loi. Le Code civil prévoyait, outre la délivrance d'un état des inscriptions, la délivrance d'un simple certificat mentionnant l'absence de toute inscription. L'article 32 admet la

possibilité de délivrance d'un certificat mentionnant simplement que « le fonds est grevé », sans préciser. Il est à remarquer que la Société d'Etudes législatives avait prévu un certificat de cette nature : « Tout requé-
« rant, disait le projet, a en outre, le droit d'obtenir
« du greffier, un certificat simplifié, disant seulement
« si le fonds de commerce est ou n'est pas engagé sans
« les autres énonciations qui résulteraient d'une copie
« complète des inscriptions... » ; dans l'esprit de la Commission, ce certificat a pour but de satisfaire aux besoins du commerce ce qui réclame un procédé de renseignements expéditif et peu coûteux. »

Péremption de l'inscription. — L'art. 2154 établit que les inscriptions d'hypothèque ou de privilège se périment au bout de dix ans si elles n'ont été renouvelées dans cet intervalle et il en est de même pour l'hypothèque maritime. Mais en matière de fonds de commerce le législateur a estimé qu'un aussi long délai n'était point nécessaire car il sera bien rare qu'un acquéreur de fonds de commerce reste aussi longtemps sans acquitter son prix. D'autre part, la possibilité pour le privilège du vendeur de fonds de commerce de se conserver pendant un temps aussi long sans renouvellement nécessaire, aurait créé de grandes complications dans le travail des greffiers des tribunaux de commerce. Cette considération a surtout paru décisive au législateur. L'article 28, dispose que l'inscription conserve le privilège pendant une durée de cinq années.

Mais ce qu'il est particulièrement intéressant de noter ici, c'est que, à la différence de ce qui a lieu sui-

vant le droit commun, en matière hypothécaire, ou le non renouvellement de l'inscription dans le délai voulu, ne fait pas obstacle à ce que le titulaire de l'hypothèque prenne une nouvelle inscription qui ne produira son effet que du jour de sa date, le vendeur d'un fonds de commerce qui aura négligé de faire renouveler son privilège dans le délai de cinq ans, ne pourra plus le faire inscrire.

En effet, la loi établit, en cette matière, un délai de quinzaine, à partir de l'acte de vente, passé lequel aucune inscription ne peut plus être prise. *A fortiori*, l'expiration du délai de cinq ans mettra-t-elle obstacle à l'accomplissement d'une nouvelle inscription.

Remarquons enfin que, pas plus ici qu'en matière d'hypothèque, il n'y aura lieu de représenter au greffier le titre originaire de l'inscription. Il faut seulement admettre qu'au cas où le renouvellement de l'inscription apporterait certaines modifications, par exemple, quant à l'importance de la dette ou quant à la désignation des éléments grevés, le greffier pourrait exiger des pièces justificatives.

Radiation des inscriptions. — La loi nouvelle dans son article 29 prévoit la radiation de l'inscription du privilège. L'analogie de cet article avec les articles 2157 et 2158 du C. com. et avec les articles 14 et 15 de la loi de 1885 sur l'hypothèque maritime est visible. La loi distingue deux sortes de radiations : la radiation volontaire et la radiation judiciaire ou forcée. L'étude de ces deux sortes de radiations nous révèlera certaines particularités.

I. — *Radiation volontaire.* — La radiation volontaire consentie par le créancier qui en donne main levée, ne peut être opérée par le greffier que sur présentation d'un acte de main levée rédigé en la forme authentique. Cette exigence n'a rien que de conforme au droit commun de l'article 2158 qui exige également la remise au conservateur des hypothèques, d'un acte authentique de main levée, mais on peut néanmoins s'en étonner si l'on considère que l'acte en vertu duquel le privilège lui-même a été obtenu peut être un simple acte sous signature privée. Comment expliquer cette différence ? Nous retrouvons cette particularité dans la loi de 1885, sur l'hypothèque maritime. L'article 15 de cette loi indique que la radiation n'en peut être opérée par le receveur des douanes, que sur production d'un acte authentique de main leveée, alors que cependant l'hypothèque peut naître d'un sous-seing privé. M. Cordelet, dans son rapport, expliquait ainsi cette exigence : « On s'étonnera peut-être, disait le rapporteur de la loi sur l'hypothèque maritime que, tandis que l'hypothèque peut être constituée par acte sous-seing privé, un acte authentique soit nécessaire pour en opérer la radiation. Le dommage qu'elle cause est complètement effacé lorsque l'annulation en a été prononcée. Il en est tout autrement d'une radiation qui, alors même qu'elle aurait été le résultat d'un consentement frauduleusement surpris, n'en produirait pas moins des effets définitifs au profit de tiers ayant traité avant le rétablissement de l'inscription. Ces motifs sont déterminants et pleinement applicables en matière de vente et de nantissement de fonds

« de commerce » (1). Ces raisons sont, en effet, décisives, et le greffier devra refuser toute radiation non demandée en la forme authentique. Le débiteur qui aurait le droit d'exiger de son créancier la mainlevée, en vertu d'un acte sous-seing privé et auquel le créancier refuse de donner son consentement par acte authentique, devra donc s'adresser aux tribunaux à l'effet d'obtenir une mainlevée judiciaire.

Il est bien entendu que seul, pourra donner mainlevée de l'inscription celui qui aura la capacité requise, capacité qui diffèrera, suivant que la mainlevée sera demandée à la suite de l'estimation de la créance garantie par le privilège, auquel cas il suffira au créancier d'avoir la capacité requise pour recevoir le paiement, ou que cette mainlevée sera accordée indépendamment de toute extinction de la créance, auquel cas le créancier devra posséder la capacité de disposer.

II. — *Radiation judiciaire ou forcée.* — Si le vendeur ne veut pas donner à son acquéreur mainlevée de son privilège, ou s'il se trouve dans l'impossibilité de l'accorder, il y aura lieu de se pourvoir devant le tribunal compétent pour obtenir cette mainlevée.

Quel sera le tribunal compétent pour ordonner la radiation ? C'est le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise. Suivant les règles de droit commun, le privilège du vendeur de fonds de commerce devant être inscrit au greffe du tribunal de commerce, dans le ressort duquel le fonds est situé : c'est devant

(1) Sess. ord. 1907. Séance du 25 janvier, Ann. 14.

ce tribunal que devra être portée la demande en radiation et c'est bien, en effet, la solution donnée par l'article 30 de la loi du 17 mars 1909.« Lorsque la radiation « non consentie par le créancier est demandée par « voie d'action principale, cette action est portée de- « vant le tribunal de commerce du lieu où l'inscription « a été prise. » Il s'agit ici de la demande en radiation par voie d'action principale, c'est-à-dire de celle qui vise non la créance, mais uniquement l'inscription du privilège.

Cette règle, qui paraît naturelle, n'a pas été acceptée sans donner lieu à de nombreuses discussions. Ni le projet primitif du Sénat, ni le deuxième projet de la Commission ne décidaient ainsi ; l'article 28 du projet de loi primitif, portait que le tribunal compétent serait le tribunal civil du lieu où l'inscription avait été prise. Quant au second projet de la commission, son article 30 admettait que la demande serait portée suivant les distinctions établies par l'article 631 du Code de commerce devant le tribunal de commerce ou devant le tribunal civil du lieu où l'inscription a été prise. M. Vallé, à la suite d'observations faites sous l'article 16 de la loi et relative à la compétence générale des tribunaux de commerce en matière de vente de fonds de commerce, a présenté un amendement tendant à accorder au tribunal de commerce du lieu de l'inscription, compétence exclusive pour prononcer la radiation. Cet amendement a été adopté par le législateur.

Cette compétencee est exclusive et les greffiers ne pourraient radier sur le vu d'un jugement émané d'un autre tribunal.

L'article 30 prévoit une exception à cette règle relative au cas où l'action a pour objet la radiation d'inscriptions prises dans des ressorts différents sur un fonds et ses succursales. La radiation sera demandée pour le tout devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve l'établissement principal.

Mais n'y a-t-il pas d'autres exceptions ? L'article 2159 du Code civil prévoit deux exceptions : la première relative à l'hypothèque judiciaire ne saurait trouver ici sa place. La deuxième, résultant d'une clause attributive de juridiction par laquelle les parties auraient décidé de porter la demande en radiation à un tribunal de leur choix, n'a pas été reproduite dans l'article 30 de la loi de 1909. Faut-il en conclure qu'elle ne doit pas recevoir application ? Nous le croyons. Cette compétence étant d'ordre public et cette exception n'ayant pas été prévue par le législateur, les parties ne doivent pas pouvoir y déroger (1).

A propos de cet article, on peut remarquer que les expressions de l'article 2157, C. civ. « *jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée* », ont été remplacées dans l'article 30, par les suivantes : « *jugement passé en force de chose jugée* », et on peut se demander si cette différence de rédaction ne correspondrait pas effectivement à une différence de com-

---

(1) *Sic* Montier-Faucon, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce.*

Au cas où il s'agirait d'une demande incidente en radiation, l'article 30 ne saurait recevoir application. Le tribunal de la demande principale serait compétent pour ordonner la radiation.

préhension. Un jugement en dernier ressort, c'est, en effet un jugement qui n'est plus susceptible d'appel. Un jugement passé en force de chose jugée est un jugement irrévocable, c'est-à-dire non susceptible même d'une voie de recours extraordinaire. Néanmoins, il est certain que dans l'article 2157, les mots « *passé en force de chose jugée* », ont un sens différent, qui correspond d'ailleurs au sens attaché par la loi à l'expression de « *jugement ayant force de chose jugée* ». L'article 2157 a voulu désigner par là un jugement n'étant plus susceptible d'être attaqué par une voie de recours ordinaire, serait-il susceptible de l'être encore par une une voie de recours extraordinaire. En sorte que le conservateur des hypothèques ne pourrait refuser d'opérer la radiation de l'hypothèque sur le vu d'un jugement qui ne serait plus susceptible d'être attaqué par une voie de recours ordinaire.

Dans la loi nouvelle, on a supprimé les termes « passé en dernier ressort » ; ne doit-on pas restituer à l'expression « jugement passé en force de chose jugée », son sens technique : jugement non susceptible de recours par une voie ordinaire ou extraordinaire ? Cette solution aurait un avantage : empêcher les difficultés qui peuvent se présenter au cas où l'inscription devra être radiée sur le vu d'un jugement qui a été cassé à la suite d'un pourvoi, ou rétracté à la suite d'une requête civile.

Nous pensons qu'il est difficile d'admettre une pareille dérogation au droit commun. Les travaux préparatoires l'auraient indiqué et, d'autre part, le texte n'est que la reproduction du texte proposé à la société

d'études législatives par M. Perceron, déclarant que « la mainlevée sera soumise aux forces du régime hypothécaire, c'est-à-dire que la radiation ne pourra être opérée par le greffier qu'en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée », ce qui revient à donner à cette dernière expression le sens du jugement en dernier ressort, qui est celui de l'article 2157 C. civ. (1).

Si l'on suppose un acquéreur ayant acquitté une partie de sa dette, on conçoit qu'il puisse demander la radiation partielle de l'inscription. L'hypothèse est prévue dans l'article 35 de la loi de 1909. Cette réduction de l'inscription, peut se présenter sous deux formes : 1° réduction du chiffre de la créance garantie ; 2° libération de certains éléments du fonds. Mais il convient de combiner cette hypothèse de la réduction du privilège avec la règle posée dans l'article 1er, § 5, d'après laquelle lorsque des paiements partiels auront été effectués par l'acquéreur, ces paiements s'imputeront d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel. En sorte que la créance et l'assiette du privilège se trouveront réduites en même temps. C'est une conséquence de l'existence de trois privilèges distincts affectant le fonds : privilège portant sur les éléments incorporels du fonds, privilège portant sur les marchandises, privilège portant sur le matériel.

(1) *Sic* Bouvier-Bangilhon, *op. cit.*, p. 374 et s.

SECTION III

Ventes comprenant des marques de fabrique, brevets d'invention, dessins ou modèles industriels.

Le législateur a prévu le cas où la vente du fonds de commerce comprendrait des brevets d'invention, marques de fabrique, dessins ou modèles industriels et a institué pour eux une inscription complémentaire à l'office national de la propriété industrielle.

M. Cordelet a donné lui-même certaines explications sur le fonctionnement de cet office national : « La loi « du 9 juillet 1901, votée sur l'initiative de M. Mille- « rand, ministre du commerce et de l'industrie, a réglé « l'organisation et le fonctionnement au Conservatoire « national des Arts et Métiers (investi de la personna- « lité civile par l'article 32 de la loi des finances du « 13 avril 1900), d'un office national des brevets d'in- « vention et des marques de fabrique ». L'article 4 de cette loi est ainsi conçu : « Le service des brevets d'in- « vention et des marques de fabrique établi au minis- « tère du commerce et de l'industrie des postes et télé- « graphes est transféré au Conservatoire national des « arts et métiers ». « ... L'office national publie un ré- « pertoire des brevets d'invention et un bulletin officiel « de la propriété industrielle et commerciale ».

Le texte de l'article 24 est intéressant à étudier, car il établit une curieuse différence entre le nantissement et la cession du fonds de commerce.

« Les ventes ou cessions de fonds de commerce comprenant des marques de fabrique ou de commerce des dessins ou modèles industriels, ainsi que les nan-

« tissements de fonds qui comprennent des brevets « d'invention ou licencs, des marques ou des dessins et « modèles... » Les brevets d'invention mentionnés quand il s'agit du nantissement, ne le sont pas quand il s'agit de la vente ou cession ; l'alinéa dernier donne l'explication de cette différence : « Les brevets d'inven- « tion compris dans la cession d'un fonds de com- « merce restent soumis pour leur transmission aux rè- « gles édictées par la section IV du titre II de la loi « du 5 juillet 1844 ».

Et, en effet, la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention réglait leurs conditions de cession et non leur dation en nantissement. Le législateur de 1909, a dû se préoccuper de faire concorder les nouvelles dispositions avec le respect de la loi du 5 juillet 1844 (1). Or, ceci est intéressant, car la loi de 1844 soumet la cession du brevet d'invention à la rédaction d'un acte notarié, de sorte que lorsque la vente d'un fonds de commerce comprendra un brevet d'invention, il faudra un acte notarié, alors cependant qu'en règle générale, l'article premier de la loi du 17 mars 1909, ne l'exige pas.

En résumé, lorsque la vente d'un fonds comprendra des brevets d'invention, il n'y aura pas lieu à une inscription spéciale à l'office national de la propriété industrielle. Il y aura lieu seulement à l'accomplisse-

(1) Le texte adopté par la commission du Sénat portait : « Les ventes ou cessions, ou nantissements de fonds de « commerce qui comprennent des brevets d'invention, des « marques de fabrique ou de commerce, des desseins ou « modèles industriels... » La distinction n'était donc pas faite.

ment des formalités prescrites par la loi du 5 juillet 1844 (rédaction d'un acte notarié, enregistrement au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte a été passé ; transmission d'une expédition du procès-verbal d'enregistrement au ministère du commerce) et à l'inscription de la vente du fonds au greffe du tribunal du commerce.

Mais lorsque la vente du fonds comprendra des marques de fabrique ou de commerce, des dessins ou modèles industriels, il y aura lieu à l'inscription complémentaire de l'article 24 (1).

Cette inscription complémentaire a un double effet : 1° elle rend la vente du fonds opposable aux tiers en tant qu'elle s'applique aux marques de fabrique, etc... C'est ce qu'exprime l'article 24 : « à peine de nullité à l'égard des tiers ». Nous en tirerons la conséquence suivante :

Le propriétaire d'un fonds de commerce qui a vendu en bloc son fonds à un premier acquéreur, en y comprenant la marque de fabrique, cède postérieurement à un second acquéreur cette même marque de fabrique ; il y aura lieu de se demander, pour connaître lequel des deux acquéreurs doit l'emporter, quel est celui qui aura procédé à l'inscription à l'office national. Si le premier acquéreur s'est conformé à cette exigence, la deuxième vente est nulle, mais s'il ne l'a pas fait,

(1) Le législateur n'a pas pris garde que la loi du 5 juillet 1844 ne s'applique pas aux cessions des licences, pour lesquelles elles n'organise aucune publicité. Il eut été dès lors logique d'exiger la publication de leur vente à l'office national comme pour les marques de fabrique.

le deuxième acquéreur, ayant accompli cette formalité, aura véritablement acquis la propriété de cette marque.

Mais il ne faut pas perdre de vue cependant le but du législateur. Celui-ci a pensé, avec juste raison, que le plus souvent, l'acquéreur d'une marque ou d'un dessin se référera uniquement à la publicité organisée à l'office national, mais nous croyons que s'il était prouvé, que l'acquéreur avait eu connaissance, nonobstant l'absence de cette inscription complémentaire, de l'inscription prise au greffe du tribunal de commerce, l'acquéreur primitif conserverait la propriété de la marque ou du dessin (1).

2° L'inscription étend le privilège du vendeur aux marques de fabrique ou de commerce, aux dessins et modèles industriels. C'est du moins la solution qui nous semble la plus conforme à l'esprit et au texte même de la loi.

Sans doute l'article 24 paraît, au premier abord ne pas mentionner cette conséquence et n'exiger ces formalités « que pour la validité de la cession de ces diffé- « rents éléments vis à vis des tiers », d'où l'on devrait conclure que le privilège du vendeur de fonds de commerce ne porte pas sur ces éléments, et c'est en effet, la conclusion telle qu'on la trouve, formulée dans le *Répertoire général pratique du notariat* (2) ; nous pensons cependant que le privilège du vendeur porte sur

---

(1) *Sic* Eman Thibault, *Vente et nantissement des fonds de commerce.*

(2) *Répertoire général pratique du Notariat*, 1909, n° 9, § 45.

ces éléments. Il faut remarquer que l'article 24 traite de l'inscription seulement en vue du privilège ; or, dans son paragraphe premier, l'article 24 décide que « le vendeur ou le créancier gagiste pour inscrire leur privilège, doivent accomplir certaines formalités et le paragraphe 3 ajoute : « les ventes ou cessions de fonds de « commerce, comprenant des marques de fabrique et « de commerce, doivent *en outre*, être inscrits à l'office « national de la propriété industrielle ». La comparaison de ces deux alinéas du même article, indique suffisamment que l'inscription à l'office national est la condition du privilège, en tant qu'il porte sur les marques de fabrique ou de commerce, sur les dessins ou modèles industriels, etc.

Le caractère complémentaire de la publicité ressort nettement d'ailleurs, de ce fait que la loi exige, pour l'inscription, la production d'un certificat d'inscription délivré par le greffier du tribunal de commerce et de l'article 29, alinéa 3, de la loi de 1909, exigeant pour la radiation de l'inscription prise à l'office national, la production d'un certificat de radiation délivré par le greffier du tribunal de commerce (1).

Dans quel délai devra être opérée cette inscription complémentaire ? L'article 24 indique que cette inscription devra être opérée dans la quinzaine qui suivra l'inscription du privilège au greffe du tribunal de commerce. Ce n'était pas ce que décidait le texte primitif adopté en première délibération qui exigeait l'inscription dans la quinzaine de l'acte de vente.

---

(1) *Sic* Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 382 ; Eman Thibault, *op. cit.*, p. 68.

La sanction de l'inobservation de ce délai serait la nullité de la vente, en tant qu'elle porte sur les brevets d'invention, licences, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles industriels, et l'absence de privilège quant à la garantie de ces éléments (art. 24, *in fine*).

CHAPITRE II

Exercice du privilège du vendeur

Nous avons étudié jusqu'ici les conditions d'existence du privilège du vendeur de fonds de commerce.

Quelle va être l'assiette de ce privilège, c'est-à-dire sur quels éléments va-t-il porter ?

Dans quelle mesure va-t-il atteindre ces éléments ?

Comment va-t-il s'exercer quant à eux ?

Quelle sera l'étendue de la créance garantie ?

Autant de questions qu'il convient d'examiner et qui feront l'objet du présent chapitre.

SECTION PREMIÈRE

Assiette du privilège

Il faut prévoir deux hypothèses : ou bien l'acte de vente à la rédaction duquel la loi subordonne l'existence du privilège du vendeur énumèrera les éléments du fonds, ou bien il ne contiendra pas une énumération précise de ces éléments.

Dans le premier cas, le privilège du vendeur frappera les éléments compris dans la vente et ceux-là seulement (art. 1, § 2).

Dans le deuxième cas, la loi détermine elle-même quels éléments sera censé comprendre le fonds. Et c'est là une innovation de la loi fort intéressante.

On peut dire que le législateur a prévu une double compréhension du fonds de commerce ; le fonds de commerce *lato sensu*, comprenant tous les éléments corporels et incorporels que nous avons étudiés, c'est-à-dire : le droit au bail, la clientèle, l'achalandage, l'enseigne et le nom commercial, le matériel, les marchandises, les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique, les licences, les dessins et modèles industriels ; le fonds de commerce *stricto sensu*, comprenant uniquement l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Les parties pourraient convenir d'une compréhension du fonds de commerce autre que l'une des précédentes, sans qu'elle puisse cependant dépasser la compréhension la plus large que nous avons appelée *lato sensu*, mais avec la faculté de demeurer au-dessous de la compréhension *stricto sensu* (argument tiré de l'article 20 de la loi du 17 mars 1909).

Reprenant les deux hypothèses prévues par le législateur, quelle sera exactement l'étendue et la portée du privilège selon que la convention énumèrera les éléments compris dans la vente, ou qu'elle ne contiendra pas au contraire cette énumération ?

I. *La convention n'énumère pas les éléments compris dans la vente.* — « A défaut de désignation précise (la vente et le privilège du vendeur), ne portent que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail la clientèle et l'achalandage », art. 1°, al. 2.

Cette compréhension du fonds de commerce enveloppe exactement les mêmes éléments qu'en matière de nantissement, lorsque la convention n'a pas déterminé les éléments frappés. L'ensemble de ces éléments constitue l'assiette légale du privilège. Celle-ci ne comprend ni le matériel, ni les marchandises, ni les autres éléments incorporels qui peuvent se rencontrer dans un fonds.

II. *La convention énumère les éléments compris dans la vente.* — Le privilège du vendeur porte dans ce cas « sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription » (art. 1, § 2).

Mais si l'acte de vente, tout en énumérant un certain nombre d'éléments du fonds, ne mentionnait pas ceux de ces éléments qui forment l'assiette légale du privilège, ne devrait-on pas néanmoins considérer ces éléments comme compris dans la vente et par suite grevés du privilège ?

Si l'on s'en tient aux termes de l'article 1°, § 2 de la loi de 1909, il paraît bien que le privilège devra strictement se cantonner sur les éléments énumérés dans l'acte. La loi décide, en effet, que le privilège ne *porte que sur les éléments* du fonds énumérés dans la *vente* et dans l'inscription », mais d'autre part, l'article 24, alinéa 4, paraît admettre la solution contraire. En effet, il ne mentionne comme devant figurer dans l'inscription que les éléments du fonds de commerce, au-

tres que l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail et la clientèle ; la comparaison de ces deux textes conduit à conclure que l'énumération des éléments du fonds de commerce ne sera limitative que pour les éléments autres que ceux formant l'assiette légale du privilège lesquels se trouveront frappés de plein droit.

Nous avons vu qu'il y avait une compréhension extrême du fonds de commerce que les parties ne pouvaient dépasser et qui constituait la compréhension *lato sensu*, opposée à la compréhension *stricto sensu*. Or, tandis que celle-ci appartient à la fois au nantissement et à la vente d'un fonds de commerce, il y a entre la compréhension *lato sensu* relative au nantissement et la compréhension *lato sensu* relative à la vente une profonde différence.

En effet, les marchandises sont exclues du nantissement ; eles rentrent au contraire, dans la vente du fonds de commerce.

Cette solution a fait d'ailleurs l'objet de discussions et la question s'est posée à propos de la faillite possible de l'acquéreur. On pouvait, en effet, se demander s'il ne convenait pas d'exclure les marchandises du privilège du vendeur comme on les avait exclues du nantissement. Le législateur ne l'a pas pensé et les travaux préparatoires nous fournissent à cet égard des explications qui peuvent paraître décisives. L'achat du fonds de commerce est naturellement le premier acte du commerçant qui veut l'exploiter, il n'aura donc pas de créanciers antérieurs au vendeur auxquels pourrait nuire la naissance de son privilège. Les tiers fournisseurs de l'ancien propriétaire connaissant la mu-

tation du fonds par le système de publicité organisé par la nouvelle loi et surtout par le fait de la prise de possession. Dès lors, ils n'auront, avant d'entrer en rapport avec le nouveau commerçant qu'à consulter une fois pour toutes le registre du greffe pour connaître et l'importance de la créance et l'étendue du privilège.

Pour les nantissements la situation est bien différente. C'est à tout moment de la vie commerciale du commerçant que des nantissements peuvent intervenir de sorte qu'avant chacune des opérations les fournisseurs se verraient obligés de consulter les registres du greffe.

Mais une autre raison a été mise en lumière dans la discussion. M. Cordelet a fait justement remarquer que « souvent les marchandises forment la principale « valeur du fonds et que refuser au cédant son privi- « lège sur les marchandises, c'est exclure les cessions « à des employés honnêtes, laborieux, mais sans res- « sources suffisantes pour un paiement comptant. « C'est fermer l'accès du patronat à une classe inté- « ressante » (1).

(1) Sess. ord. '907. Séance du 25 janvier, Ann. 14.

SECTION II

Fonctionnement du privilège

L'étude précédente nous a montré la loi établissant et fixant l'étendue et l'assiette du privilège du vendeur de fonds de commerce ; mais le législateur à un autre point de vue, a établi entre les divers éléments du fonds un classement en trois catégories.

Pour chaque catégorie, un prix distinct doit être fixé et le privilège s'exercera séparément pour chacune des créances afférentes à chacun de ces éléments sur le prix de revente de l'élément correspondant. En sorte, qu'en réalité, il y aura trois ventes distinctes ; à chacune de ces ventes correspondra un privilège, ce qui équivaut à scinder le privilège en trois privilèges distincts : « des prix distincts sont établis pour les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises. Le privilège du vendeur qui garantit chacun de ces prix ou ce qui en reste dû, s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente afférents aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds ».

La loi divise donc en trois catégories les éléments du fonds : 1° éléments incorporels ; 2° le matériel ; 3° les marchandises ; en sorte que le privilège du ven-

deur pour le prix de vente de ces éléments portera sur le prix de revente de ces mêmes éléments.

En un mot, comme nous l'avons dit, il y aura pour chacun de ces éléments une vente distincte, à laquelle correspondra pour le vendeur un privilège.

Comment s'exercera le privilège du vendeur pour chacune de ces catégories ?

1° *Eléments incorporels.* — C'est sur le prix de revente de ces éléments que s'exercera le privilège du vendeur pour la portion du prix qui leur est afférente Mais deux hypothèses peuvent se présenter.

a. Certains éléments incorporels non compris dans la vente figurent dans la revente. Une sous distinction nous paraît nécessaire.

Si l'acte de vente ne mentionne pas les éléments compris dans cette vente, le privilège porte, a-t-on vu sur les éléments du fonds *stricto sensu* : enseigne, nom commercial, droit au bail, clientèle et achalandage. Ceux-ci peuvent subir des modifications, par exemple, le fonds a pu être déplacé, le droit au bail ne sera donc plus le même ; le nom commercial peut avoir été modifié ; il n'importe. A notre avis, il n'y a pas lieu de tenir compte de ces modifications. L'ensemble de ces éléments aura pu subir tels changements ; le privilège ne s'en exercera pas moins sur le prix global de revente (1).

Mais, en dehors de ces éléments formant le fonds de commerce *stricto sensu*, l'art. 1er, al. 4, de la loi de

(1) *Sic* Moutier-Faucon, *op. cit.*, p. 179.

1909, doit recevoir son entière application. Or la loi est formelle. « Il y a lieu à ventilation du prix de re-« vente mis en distribution, s'il s'applique à un ou « plusieurs éléments non compris dans la première « vente ».

Si donc on est en présence d'éléments du fonds autres que ceux formant l'assiette légale du fonds de commerce, tels que licence, brevet d'invention ou marque de fabrique, et qui ne se trouvaient pas englobés dans la vente primitive, le privilège du vendeur ne les atteindra pas.

Les travaux préparatoires sont d'ailleurs fort explicites à cet égard : « Une ventilation sera nécessaire, si « l'acquéreur du fonds y a ajouté un ou plusieurs élé-« ments, tels qu'un brevet d'invention, une marque de « fabrique. Le privilège du vendeur ne s'étend pas à « ces éléments, et s'ils sont compris dans la revente « avec les autres éléments pour un prix unique, la « portion de ce prix qui leur correspond reste le gage « général des créanciers ». C'est logique. En effet, le privilège du vendeur d'un fonds de commerce appartient à cette classe de privilèges résultant de ce que le créancier a fait entrer une valeur dans le patrimoine de son débiteur. C'est la même raison qui explique certains privilèges de l'article 2102. En outre, étant admis que la compréhension d'un fonds de commerce est chose essentiellement variable, que les parties peuvent, à condition de ne pas dépasser la compréhension *lato sensu*, faire porter la vente sur tels ou tels éléments à l'exclusion des autres, cette règle devait nécessairement en découler.

2° *Matériel et marchandises.* — Le privilège du ven-

deur, quant au matériel et aux marchandises, s'exercera sur le prix de la revente correspondant à chacun de ces éléments.

Si le matériel ou les marchandises ont été renouvelés, le privilège ne s'en exercera pas moins sur la portion du prix de revente correspondant, c'est-à-dire que le matériel et les marchandises renouvelés, seront subrogés aux anciens.

Le projet primitif portait une solution plus rigoureuse : « le matériel d'une part, les marchandises de « l'autre, doivent faire l'objet d'une estimation dis- « tincte. Si le matériel et les marchandises compris « dans la revente du fonds ont une valeur estimative « et intrinsèque supérieure à l'estimation qui leur a été « donnée dans l'acte d'acquisition, il y a lieu à venti- « lation du prix de la revente sur la base de ces deux « estimations et la partie de ces prix afférente à la « première estimation est seule soumise au privilège « du vendeur originaire », et le rapporteur expliquait « cette solution ainsi : « Le vendeur doit supporter sa part proportionnelle de la dépréciation que le maté- « riel et les marchandises pourront subir du fait de la « revente ».

Cette solution était évidemment trop compliquée, la nécessité d'une ventilation étant de nature à causer de grandes difficultés. Aussi, dans le texte définitif, nous ne retrouvons pas cette exigence. Le matériel renouvelé ou les marchandises, seront censés subrogés à l'ancien matériel et aux anciennes marchandises. Mais dans quelles limites ? Les travaux préparatoires nous l'indiquent. « ... Le matériel réparé ou partiellement « renouvelé n'est censé subrogé à l'ancien, et les mar-

« chandises elles-mêmes ne sont censées subrogées à « celles existantes lors de la première revente que pour « la valeur qui leur a été attribuée par cette vente. « L'obligation imposée par le § 4, de fixer pour le ma- « tériel et pour les marchandises des prix distincts de « celui qui s'applique aux autres éléments du fonds « permet de limiter ainsi l'effet du privilège à son « objet précis, à la cause même dont il procède. Le « fonds de commerce, simple universalité de fait, ne « peut pas être considéré comme indivisible en ce sens, « que quelle que soit la différence de valeur de ses « divers éléments au moment de la première vente et « lors de la revente, le prix total de la première vente « soit garanti par privilège sur la totalité du prix de la « revente » (1).

Nous avons vu que le privilège garantissait divisement chacun des prix distincts indiqués dans l'acte de vente et dans l'inscription ; nous avons indiqué en

(1) Sess. ord. 1907. Séance du 25 janvier, Ann. 14. C'est d'ailleurs ce que décidait un arrêt de la cour de Rouen du 18 avril 1868 (S. 69. 2. 18). « Attendu que vainement encore on objectera que les marchandises comprises dans la vente faite par Heurteaux à Legras n'étaient plus celles qui avaient été vendues par Vavasseur à Heurteaux, qu'en effet, si les marchandises essentiellement fongibles par leur nature, ont été successivement renouvelées pour les besoins du fonds de commerce dont elles dépendaient, pendant le temps qui s'est écoulé entre la revente faite par Vavasseur et Heurteaux ,et la revente faite par celui-ci à Legras, elles n'ont pas moins continué, avec le fonds de commerce auquel elles étaient jointes, à représenter l'ensemble de la chose vendue par Vavasseur à Heurteaux et sont restées, par suite, soumises au privilège que Vavasseur tenait des dispositions de l'art. 2102, n° 4, du Code civil ».

étudiant les exigences de la loi quant à cette mention des prix distincts que la sanction du défaut de cette mention était la nullité de l'inscription. On pourrait seulement se demander si, au cas où les prix distincts n'auraient pas été inscrits dans l'acte de vente, les parties ne pourraient pas combler cette lacune en dressant un acte complémentaire à cet effet.

L'affirmative ne fait point de doute, si l'on se trouve encore dans le délai de quinzaine. Mais quid si cet acte supplémentaire n'a pas été dressé ? Les parties ne pourront-elles pas compléter dans l'inscription elle-même ? La difficulté a été prévue par le rapporteur mais dans une hypothèse toute spéciale. Dans une disposition transitoire, le législateur de 1909 s'occupant de l'application de la loi nouvelle aux ventes antérieures à sa promulgation, prévoit le cas spécial qui nous intéresse et voici ce qu'il décide : « Les parties pour-« ront, d'un commun accord, suppléer à cette lacune « dans un acte complémentaire, et, à défaut de cet « acte, il semble que le vendeur interprétant son con-« trat, sauf contestation des intéressés, pourra dési-« gner dans l'inscription, conformément à l'article 22 « (dans la loi article 24), les éléments du fonds qu'il « prétend avoir été compris dans la vente » (1). Nous serions fort tentés de généraliser cette solution.

---

(1) Sess. extraord. 1907. Séance du 29 nov., Ann. n° 313. Un jugement du Tribunal civil de la Seine, du 3 mai 1910 (*Gaz. du Pal.*, 1910. 2. 76), décide que le vendeur originaire qui a régulièrement fait inscrire dans les délais prévus par la loi, son privilège de vendeur, ne peut, alors que ladite vente a eu lieu avant la loi du 17 mars 1909, voir ses droits amoindris par une loi nouvelle, s'il a valablement fait porter son privilège sur l'universalité juridique

Sans doute les situations ne sont pas identiques, puisque dans le cas de la disposition transitoire, la vente avait été faite à une époque où les exigences de la loi n'étaient pas encore formulées. Mais quel inconvénient y aurait-il dans notre hypothèse à admettre la même solution ? Ce moyen de réparer une erreur ou une omission ne peut nuire à personne, puisque le concours des parties sera nécessaire et que, d'autre part, les intéressés pourront toujours contester (1).

Que faut-il penser du système institué par le législateur relativement au fonctionnement du privilège du vendeur tel que nous l'avons exposé ?

Il suffit, pour en faire une juste appréciation, d'en montrer les conséquences par un exemple : si l'on suppose que les marchandises, au moment de la vente, aient été estimées au prix de 1000 francs, et qu'au jour de la revente, ces marchandises valent 1500 francs. Si le législateur n'avait pas établi cette division en trois privilèges distincts, si le créancier, en un mot, avait pu exercer son privilège sur le prix global de revente, il aurait profité de cet accroissement de valeur des mar-

---

formant son fonds de commerce, c'est-à-dire sur la clientèle, l'achalandage, le matériel, les marchandises et le droit au bail, son privilège s'exerce sur cette universalité tout entière, sans qu'il puisse être excipé contre lui du défaut de ventilation du prix d'éléments corporels du fonds, lors de l'inscription, cette ventilation ne pouvant être obligatoire que pour les ventes postérieures à la promulgation de la loi du 17 mars 1909.

---

(1) V. cependant *contra*. Bouvier-Bangillon, *op. cit*, p. 363.

chandises qui aurait pu compenser, par exemple, une diminution de valeur subie par un autre élément du fonds.

Dans le système de l'article 1er, § 4, établissant trois privilèges cantonnés chacun sur une catégorie d'éléments, il ne pourra exercer son privilège sur le prix de revente des marchandises que jusqu'à concurrence de 1000 francs, valeur estimative au moment de la vente. Il ne profitera donc jamais d'une augmentation de valeur, mais à l'inverse, il sera soumis aux chances de dépréciation. Si le prix de revente ne donnait que 800 francs, la perte serait de 200 francs pour le vendeur.

Ainsi, tout en laissant le vendeur du fonds de commerce soumis aux risques de dépréciation, on ne lui permet pas de profiter des chances d'augmentation de valeur du fonds.

Dans son étude détaillée de la loi de 1909, M. Bouvier-Bangillon ne peut s'empêcher ne critiquer cette solution. « N'y a-t-il pas là quelque chose d'injuste ? On « peut se demander s'il n'y a pas là malgré tout, la « preuve d'une certaine résistance à admettre franche- « ment le privilège du vendeur du fonds de commerce, « le désir de limiter ce privilège autant que possible, « au moins en ce qui concerne les éléments corporels « du fonds, les marchandises et le matériel » (1) ; et c'est également ce qui ressort de la règle sur l'imputation des paiements, règle qui a pour but de dégager le plus vite possible, les éléments corporels du fonds, marchandises et matériel.

---

(1) Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 362.

SECTION III

Etendue de la créance garantie.

Le privilège du vendeur garantit divisément chacun des prix distincts, Mais, outre les prix de vente, le privilège du vendeur, garantit les charges de la vente. C'est ce qui ressort nettement de l'article 24, § 3. Seulement, ici plus de cantonnement de ce privilège.

L'article 1er est muet à son égard, et il faut en conclure que, quant aux charges, le droit commun s'appliquera et que le privilège les garantissant portera sur le prix global de la revente.

Intérêts. — Outre le principal, le privilège garantit deux années d'intérêt (art. 28, § 2).

Cette disposition, au premier abord fort claire, ne devrait, semble-t-il, donner lieu à aucune difficulté. Mais la comparaison de ce texte avec l'article 2151 du Code civil, montre une différence capitale entre eux.

Après avoir annoncé que le privilège ou l'hypothèque inscrits garantiront trois années d'intérêts au même titre que le principal, l'article 2151 ajoute : « ... sans « préjudice des inscriptions particulières à prendre, « portant hypothèque à compter de leur date pour les « intérêts et arrérages autres que ceux conservés par

« la transcription ou l'inscription primitive ». Or, cette disposition n'a pas été reproduite dans la loi nouvelle. Doit-on en conclure qu'elle ne sera pas applicable à notre matière. Sans doute la loi de 1885 sur l'hypothèque maritime, est également muette sur ce point et cependant les auteurs sont d'accord pour affirmer que le silence du texte ne saurait empêcher de décider que la règle de l'article 2151 sur la possibilité d'inscriptions particulières portant hypothèque du jour de leur date s'applique en cas d'hypothèque maritime ; mais il faut remarquer qu'il y a ici une fore raison de douter qui n'existait pas pour l'hypthèque maritime.

On pourrait, en effet, soutenir que le privilège qui garantit les intérêts est le même privilège qui garantit le capital. Or, le privilège doit être inscrit dans les quinze jours de l'acte de vente et ainsi aucune inscription particulière ne pourrait être prise, puisque fatalement elle aurait lieu plus de quinze jours après l'acte de vente. Ainsi s'expliquerait le silence du texte de la nouvelle loi.

Mais on peut faire remarquer, outre l'injustice d'une pareille décision, sa non conformité à l'esprit de la loi. En effet, si le privilège qui garantit les intérêts pour lesquels des inscriptions complémentaires ont été prises, était le même que celui garantissant le capital, il faudrait admettre que l'inscription prise produirait effet rétroactif au jour de l'inscription principale et garantirait les intérêts au même rang que le principal. Or, l'article 2151 est formellement en sens contraire.

Quant à la question de savoir si les inscriptions pri-

ses devront l'être dans les quinze jours de l'échéance de l'année que l'on veut garantir, nous y répondrons par la négative, le silence de la loi n'autorisant pas une pareille exigence.

Remarquons enfin qu'à la différence de l'article 2151 le privilège garantit, au même titre que le principal, deux années d'intérêts et non trois années, mais qu'ici, comme en matière civile, il n'est plus question de l'année courante. La loi sur l'hypothèque maritime mentionne encore l'année courante ; c'est une anomalie et un oubli du législateur de 1893.

CHAPITRE III

Effets du privilège du vendeur

Le privilège du vendeur inscrit selon les formes que nous avons étudiées, engendre en faveur du vendeur non payé, un droit de suite et un droit de préférence.

Il faudra donc étudier ces deux importants effets du privilège ; mais, d'autre part, il y aura lieu de se demander quelles conséquences pourront entraîner sur le sort du privilège du vendeur la faillite et la liquidation judiciaire de son acquéreur.

Enfin le privilège peut disparaître sous l'empire de certaines circonstances. Les causes d'extinction du privilège formeront la dernière partie de cette étude.

SECTION PREMIÈRE

Droit de suite et de préférence.

I. *Droit de suite.* — La loi du 17 mars 1909, en posant en principe dans son article 22 que le privilège du vendeur suit le fonds en quelques mains qu'il passe, a mis fin à une controverse qui s'était antérieurement

établie sur la question de savoir si le vendeur du fonds avait un droit de suite contre le sous acquéreur de ce fonds. Le privilège du vendeur ne lui conférait-il pas un véritable droit de suite qui, non seulement lui permettait, le cas échéant, de se faire payer sur le prix encore dû par le sous acquéreur, mais, en outre, lui donnait la faculté, quand même rien ne resterait dû sur ce prix de saisir le fonds sous aliéné et de le faire vendre selon la procédure des saisies pour obtenir son paiement par préférence ? Il y avait à cet égard de nombreuses hésitations tant dans la doctrine que dans la jurisprudence.

La multiplicité des solutions montre bien le caractère important de l'innovation législative.

L'article 22, en décidant que le privilège du vendeur engendre à son profit un droit de suite en quelque main que le fonds passe, n'a fait que tirer la conséquence logique de la publicité organisée désormais autour du privilège et de la vente.

L'acquéreur d'un fonds de commerce n'aura plus de surprise à redouter, puisqu'il aura à sa disposition le moyen de savoir si aucun privilège du chef du précédent vendeur ne grève le fonds.

En vertu de l'article 22, les actes de disposition émanés de l'acquéreur ne sont plus opposables à son vendeur qui peut saisir le fonds en quelque main qu'il passe. Aussi bien la jurisprudence a déjà eu à se prononcer sur cette question depuis la promulgation de la loi. La cour de Paris a jugé notamment « que la pré-
« tention des appelants de vouloir limiter sans remplir
« les formalités de la purge les droits du vendeur im-

« payé, dont le privilège est régulièrement conservé, à « la seule faculté de surenchère qu'accorde l'article 23 « de la loi du 17 mars 1909 aux créanciers inscrits sur « le prix de revente du fonds de commerce, n'est pas « admissible ; que la dame... après inscription de son « privilège, ayant, comme le veut la loi, laissé en dé- « pôt au greffe son acte de vente, s'est trouvée inves- « tie d'un droit réel qui a suivi le fonds dans toutes « les mains où il a pu passer » (1).

Mais une question délicate se pose au sujet de ce droit de suite.

Supposons que le premier acquéreur du fonds ait vendu à un sous-acquéreur, non plus le fonds de commerce *in globo* mais tels ou tels éléments du fonds, considérés séparément de celui-ci, le droit de suite va-t-il fonctionner quant à eux ? Le problème est intéressant car nous avons vu que la compréhension d'un fonds de commerce était essentiellement variable ; nous avons vu que l'on pouvait envisager le fonds de commerce *lato sensu* ou *stricto sensu*, mais la volonté des parties peut encore réduire la composition du fonds de commerce au-dessous de la compréhension *stricto sensu*, et même à un seul élément. L'article 20 de la loi prévoit cette hypothèse. « Il ne sera procédé à la vente séparée d'*un* ou de plusieurs éléments d'un fonds... »

Nous pensons que la question doit être formulée de la manière suivante : le législateur n'a évidemment pas voulu porter entrave à la liberté et à la rapidité des opérations commerciales, mais d'autre part, la loi

(1) Paris (6e ch.), 8 mars 1910, *Gaz. Pal.*, 23 mai 1910.

serait vaine si, sous prétexte qu'elle ne doit pas s'appliquer aux éléments du fonds considérés en eux-mêmes et séparément du fonds, on permettait à l'acquéreur de distraire un à un les divers éléments du fonds sans que le droit de suite du vendeur puisse s'appliquer dans ces conditions.

De cette double idée, il faut tirer cette conséquence que le droit de suite frappera l'aliénation d'un élément du fonds ou d'une partie considérable de cet élément, par exemple l'aliénation de la totalité ou d'une partie importante du matériel ou des marchandises et non la vente de tel ou tel objet faisant partie de tel ou tel élément du fonds (1).

Dans le premier cas, on pourrait objecter que l'article 2279 s'oppose à la solution admise ; mais l'article 2279 ne peut être invoqué que par le possesseur de bonne foi ; car, étant donné le système de publicité établi par le législateur, il est certain que le sous acquéreur ne devait pas ignorer que le privilège du précédent vendeur grevait le fonds de commerce ; en tous cas, s'il n'en est pas renseigné, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même.

Mais inversement, l'article 2279 protègera l'acquéreur de tel ou tel objet en particulier faisant partie de tel élément du fonds. Et, en effet les marchandises du fonds sont destinées à être ainsi vendues, leur vente rentre dans l'exploitation même du fonds ; empêcher ces opérations commerciales serait paralyser l'exploitation du fonds au détriment même des créanciers qui

(1) Aix, 4 juin 1909, *Rev.* Marseille, 1909. 1. 294.

ont intérêt à le voir prospérer, et pour le matériel, il en serait de même. L'exploitant d'un fonds de commerce peut être appelé à vendre un ou plusieurs objets du matériel, devenus hors d'usage ou inutiles, il serait impossible d'exiger de lui qu'il se fasse, à chacune de ces opérations minimes, délivrer un certificat de non inscription par le greffier.

Sans doute on pourra craindre que des ventes répétées arrivent au même résultat que la vente en bloc de tel ou tel élément. Nous ne pensons pas que cela soit à redouter. Les tribunaux pourront y puiser d'ailleurs une preuve de mauvaise foi (1). Il faut bien reconnaître que, dans cette matière, les tribunaux jouiront d'un très large pouvoir d'appréciation. D'autre part, le débiteur vendra plutôt en bloc, car cette vente en bloc seule, pourra lui donner un prix rémunérateur.

Il est d'ailleurs toute une catégorie d'éléments pour lesquels cette difficulté ne se rencontrera pas : les éléments incorporels, brevet d'invention, marque de fabrique, nom commercial. Même en présence de leur aliénation, l'article 2279 ne saurait s'appliquer. Il est

(1) Envisageant à un point de vue plus général la question des éléments du fonds de commerce considérés distinctement du fonds, M. Cordelet, après avoir émis l'opinion que le chapitre premier sur la vente du fonds de commerce ne s'applique pas aux éléments considérés à titre distinct, dit : « En cas de vente séparée d'un ou de plusieurs éléments du fonds, il semble que les créanciers ont le bénéfice de l'action Paulienne (art. 1167 C. civ.) et que le fait d'avoir vendu séparément du fonds un ou plusieurs de ses éléments pourrait être considéré comme un indice de fraude ».

constant, en effet, en doctrine et en jurisprudence, que cet article ne s'applique pas aux meubles incorporels. Au surplus, le sous acquéreur qui aurait vendu un de ces éléments qui forment une valeur considérable du fonds, sans demander au greffe l'état des inscriptions grevant le fonds serait inexcusable.

Nous devons noter en terminant que plusieurs solutions jurisprudentielles ont décidé antérieurement à la nouvelle loi, que le tiers porteur de bonne foi de warrants constitués sur des marchandises détachées d'un fonds, jouissait d'un droit opposable au créancier nanti sur ce fonds et par conséquent au vendeur inscrit (1).

Exercice du droit de suite. — La loi dans son article 16, pose les règles suivant lesquelles ce droit de suite s'exercera : « § 1 : le vendeur et le créancier gagistes « inscrits sur un fonds de commerce, peuvent égale- « ment, même en vertu de titres sous-seing privés, faire « ordonner la vente du fonds qui constitue leur gage, « huit jours après sommation de payer faite au débi- « teur et au tiers détenteur, s'il y a lieu, demeurée « infructueuse. — § 2 : la demande est portée devant « le tribunal de commerce dans le ressort duquel s'ex- « ploite ledit fonds, lequel statue comme il est dit aux « §§ 5, 6, 7 et 8 de l'article précédent ».

La marche à suivre est donc la suivante : 1° le vendeur doit adresser deux sommations, l'une au débiteur, l'autre au tiers détenteur, sommations d'avoir à payer le prix de vente ; 2° après un délai de huit jours

(1) Rouen, 24 fév. 1906, D. 1907. 2. 105. — Tours, 17 avril 1903. J. C. 1903. 3. 279.

à partir de cette double sommation, le vendeur assigne devant le tribunal de commerce (1) dans le ressort duquel le fonds est exploité, l'acquéreur et le tiers détenteur. La nécessité d'assigner l'acquéreur se justifie par les fins de non-recevoir ou exceptions, qu'il peut avoir à opposer ; 3° le tribunal de commerce rend un jugement dans la quinzaine de la première audience ; ce jugement est exécutoire sur minute ; pas d'opposition possible ; 4° au cas d'appel, celui-ci doit être formé dans la quinzaine de la signification du jugement, l'arrêt sera exécutoire sur minute et l'appel sera jugé som-

(1) Au sujet de la compétence des tribunaux de commerce, de vives controverses se sont élevées au cours de la discussion parlementaire (V. *J. Off.* du 17 mai, p. 635 et suiv. et 7 mars 1908, p. 301 et suiv.). Deux thèses étaient en présence : compétence commerciale (amendement Vallé), compétence du juge des référés (soutenue par M. Legrand). On peut résumer ainsi les arguments avancés en faveur des deux thèses : 1° Compétence commerciale. — Il s'agit de choses essentiellement commerciales ; d'autre part, on opposerait en vain que les tribunaux de comerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements ; ordonner la vente d'un fonds n'est pas connaître de l'exécution d'un jugement, car souvent ce n'est pas en exécution d'un jugement que la vente sera poursuivie. C'est en outre le vœu des commerçants. — 2° Compétence du juge des référés : Les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exscution de leurs jugements et, à plus forte raison, de l'exécution des autres titres ayant force exécutoire (acte de vente ou de nantissement en la forme authentique). Le juge des référés est compétent dans toutes les matières exigeant célérité, la réalisation du fonds présente ce caractère ; de plus, la juridiction des référés est peu coûteuse.

Finalement les amendements de M. Vallé ont été adoptés et la compétence commerciale a été décidée.

mairement dans le mois ; 5° sommation sera faite au tiers détenteur et autres créanciers inscrits antérieurement au jugement qui ordonne la vente de prendre communication du cahier des charges, de fournir leurs dires et observations et d'assister à l'adjudication (art. 17, § 1) ; 6° appositions d'affiches et insertions dans un journal ; délai de dix jours à partir de l'affichage ; possibilité de faire statuer par le président du tribunal civil dans le ressort de l'exploitation du fonds, sur les nullités de procédure de vente antérieures à l'adjudication et cela huit jours au moins avant l'adjudication et la vente sans possibilité de surenchère (art. 17 et 21).

Remarquons immédiatement que, tandis que aux termes de l'article 545 C. pr. c., nul acte ne pourra être mis à exécution, s'il n'a le caractère d'acte authentique revêtu de la formule exécutoire, un simple acte sous-seing privé permet au vendeur d'un fonds de commerce de faire ordonner la vente du fonds.

Il ne faudrait cependant pas s'exagérer le caractère de cette dérogation au droit commun. En fait, l'acte sous-seing privé étant soumis à l'examen du tribunal, il y aura là une garantie susceptible de remplacer celle qui résulterait d'un titre authentique.

Il y a également une dérogation au droit commun dans ce fait, qu'une double sommation suffit sans commandement au débiteur. En effet, aux termes de l'article 673, C. pr. c. et de l'article 2169 C. civ., toute voie d'exécution, toute poursuite en saisie immobilière exige un commandement préalable et cette règle est encore exigée pour l'expropriation des navires.

La procédure spéciale organisée par l'article 16 de la loi du 17 mars 1909, est une consécration législative d'un procédé inventé par la pratique pour suppléer au silence du Code de procédure civile, sur la saisie des fonds de commerce. Le créancier qui voulait arriver à la réalisation d'un fonds de commerce appartenant à son débiteur devait assigner ce dernier devant le tribunal et celui-ci ordonnait la vente devant notaire commis et sur une mise à prix qu'il déterminait.

Il peut arriver que le vendeur d'un fonds n'ait privilège que sur certains éléments du fonds, par exemple au cas où la vente, ne contenant pas l'énumération des éléments, le privilège ne porte que sur ceux indiqués par l'article 1, § 2. Peut-il cependant exercer son droit de suite sur tous les éléments du fonds et faire vendre le fonds tout entier ? L'affirmative est certaine. En effet, l'article 20 décide que lorsque des éléments isolés d'un fonds sont mis en vente à la poursuite d'un créancier, s'il y a des créanciers inscrits (vendeur ou gagiste), ceux-ci auront le droit de demander qu'il soit procédé à la vente de tous les éléments du fonds, et cela *alors même que leur privilège ne frappe que certains de ces éléments*, cas prévu par le § 3 de cet article 20, décidant qu'il y aura lieu « à ventilation du « prix pour les éléments du fonds non grevé des privi- « lèges inscrits ». Le texte de l'article 16, est d'ailleurs en ce sens, car, en parlant de créanciers « inscrits sur le fonds », il ne distingue pas entre ceux dont l'inscription est générale et ceux dont l'inscription n'est que partielle ; les uns et les autres sont bien des créanciers inscrits sur le fonds. On peut enfin tirer un argument

d'analogie de l'article 2, § 3. Bien entendu, le tiers exproprié aurait, dans ce cas, le droit de revendiquer le prix d'adjudication des éléments non grevés du privilège.

Dans son article 16, la loi ne parle que de sommation de payer ; l'article 2168 C. civ., employant la formule « sommation de payer ou de *délaisser* », faut-il en conclure que la faculté de délaissement n'est pas accordée au tiers détenteur ? Nous ne le pensons pas. Il est de principe général que toutes les fois qu'une personne n'est tenue que *propter rem*, elle a la faculté de délaisser. L'expression de la loi « sommation de payer » s'explique, si l'on remarque qu'elle s'applique au tiers détenteur et au débiteur ; on ne pouvait quant à celui-ci, parler de délaissement. On a objecté que le législateur n'a pas organisé de procédure spéciale pour ce droit de délaissement ; il semble bien cependant que l'administrateur provisoire dont parle l'article 15, § 5, puisse jouer le rôle du curateur nommé dans l'article 2174 du Code civil, à l'immeuble délaissé.

Le législateur a prévu le cas où, sur l'initiative d'un créancier, la vente séparée d'un ou de plusieurs éléments du fonds pourrait être poursuivie. Il y a là une cause de dépréciation du fonds qui pourra nuire au vendeur ou au créancier nanti, qui ont intérêt à ce que le fonds ne soit pas morcelé. C'est ce qu'exprimait M. Cordelet, dans son rapport : « les éléments d'un « fonds de commerce, disait-il, acquièrent en général, « une plus-value du fait de leur groupement, en vue « d'une destination commune et de leur utilité qui en « résulte ». L'article 20 répond à cette idée : il décide

que lorsqu'un créancier poursuit la vente d'un ou de plusieurs éléments séparés du fonds, il doit notifier sa poursuite aux créanciers inscrits, et ce, dix jours au moins avant la vente. Dans ce délai de dix jours, tout créancier inscrit aura le droit d'exiger la vente en bloc du fonds de commerce.

On peut prévoir deux hypothèses où la vente poursuivie ne porte que sur certains éléments. D'abord, au cas de saisie exécution, on ne peut saisir ainsi que les élémens corporels ; l'article 20 permet au créancier inscrit d'exiger la vente globale (1). L'article 15 avait déjà donné ce droit, en vertu de la même idée, au créancier poursuivant et au débiteur saisi. En second lieu, au cas où par suite de l'absence d'énumération des éléments dans l'acte de vente ou de leur limitation, le créancier inscrit ne l'est pas sur le fonds tout entier.

Cette notification ne doit être faite au créancier inscrit (au vendeur dans le cas qui nous occupe), qu'autant qu'il aura pris inscription quinze jours au moins avant cette notification. Peut-être le législateur a-t-il voulu éviter une inscription trop tardive, destinée à conserver au débiteur jusqu'au dernier moment un crédit factice ; ou encore a-t-il pensé que le créancier

(1) Paris, 18 fév. 1911, *Gaz. Trib.*, 15 mai 1911.

Cet arrêt établit d'ailleurs une différence entre le vendeur et le créancier gagistes et les autres créanciers inscrits. Il décide, en effet, que si le créancier poursuivant la saisie-exécution manifeste nettement l'intention de ne pas la faire aboutir pour le moment à la vente des meubles saisis il y a lieu de surseoir à statuer sur la demande de vente globale, alors du moins qu'elle n'émane pas du vendeur du fonds de commerce ou du créancier gagiste auquel l'art. 16 de la loi de 1909 donne des droits spéciaux.

poursuivant pouvait légitimement ne pas connaître une inscription prise la veille de la notification ? En tous cas, si les seuls créanciers dont l'inscription est antérieure de quinze jours à la notification, ont droit à la notification, cela n'empêche pas que *tout créancier inscrit*, quelle que soit la date de son inscription puisse exiger la vente en bloc : l'article 20 ne distingue pas. Si donc le vendeur a inscrit son privilège la veille de la notification, il ne pourra exiger que cette notification lui soit faite, mais il pourra demander la vente en bloc.

Il n'est d'ailleurs pas besoin que sa créance soit exigible, comme s'il s'agit d'un paiement à terme, car l'expropriation du fonds fait présumer la déconfiture et celle-ci rend la créance exigible.

Le législateur n'a pas prévu la sanction du défaut de notification exigée par l'article 20. Que la vente ait lieu au cours d'une saisie exécution ou qu'elle ait lieu en vertu de la loi nouvelle, le défaut de notification ayant été cause que le créancier inscrit non averti n'a pu exiger la vente globale, celui-ci subit un préjudice résultant de la dépréciation du fonds dissocié et en vertu de l'article 1382, il aura droit à des dommages-intérêts. Les tribunaux arbitreront ces dommages-intérêts en tenant compte, autant que possible, de la plus-value qu'aurait procurée aux éléments du fonds leur vente globale.

Faillite du débiteur. — Nous verrons qu'aux termes de l'article 2, al. 7, l'article 550 C. com., ne s'applique pas au privilège du vendeur qui peut s'exercer con-

tre la faillite ; le vendeur est en dehors de la faillite, il conserve son action individuelle ; le syndic pourrait seulement éviter ce droit de poursuite individuelle du vendeur en le désintéressant.

Observons enfin que tout ce qui a été dit quant à l'exercice du droit de suite, sauf ce qui touche au délaissement et à la double sommation de l'article 16, car il n'y a qu'un seul défendeur, s'applique au cas où le fonds étant encore entre les mains de l'acquéreur et celui-ci refusant d'exécuter ses engagements, le vendeur en poursuit la vente.

Purge du droit de suite. — Le droit de suite ainsi attaché au privilège du vendeur est, pour le tiers détenteur d'un fonds de commerce une menace redoutable. Il se trouve exposé à une dépossession éventuelle. Ce droit de suite crée ici, comme en matière d'hypothèques et de privilèges immobiliers, un obstacle à la libre circulation des biens ; il fallait y apporter le même remède ; c'est ce qu'a fait le législateur en créant une purge des privilèges inscrits, dont le principe et le fonctionnement s'apparentent étroitement avec la purge des hypothèques et des privilèges immobiliers. La ressemblance est peut-être plus étroite encore avec la purge de l'hypothèque maritime (articles 18 et 19 de la loi du 10 juillet 1885).

L'origine de la purge, telle qu'elle est organisée par les articles 22 et 23 de la loi du 17 mars 1909, se trouve dans une procédure imaginée par la pratique en matière de nantissement. Il était devenu de style d'insérer dans les actes de nantissement une clause par laquelle

on autorisait l'acquéreur à faire l'offre de son prix aux créanciers inscrits, ceux-ci ayant la faculté de requérir la vente aux enchères avec une surenchère ordinaire de un dixième. Le législateur a consacré cette pratique en l'étendant au privilège du vendeur puisqu'il l'assortissait du droit de suite.

Ainsi avec la loi du 17 mars 1909 le privilège du vendeur peut être purgé, et celui-ci peut voir ses droits transportés de la chose sur le prix. Comment fonctionnera cette purge ?

Qui peut purger ? — Ceux-là seuls qui réunissent les deux conditions exigées par le droit commun de la purge : 1° être acquéreur, peu importe que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux. Le rapporteur de la loi s'exprimait ainsi à ce sujet : « Le droit de purger les privilèges inscrits n'est pas limité au cas de vente. Il appartient également à tous ceux qui ont acquis le fonds à titre gratuit... » Par le seul fait que l'acquéreur est exposé au droit de suite, il doit pouvoir purger.

2° N'être pas obligé à la dette. — Sans doute la loi ne le dit pas expressément, mais il faut, croyons-nous, se reporter à la purge du droit civil, toutes les fois que la loi, par son silence, laisse subsister un doute. D'ailleurs, c'est une condition que les conséquences mêmes de la purge suffisent à expliquer. On ne peut reconnaître qu'un droit à celui qui est tenu personnellement acquitter sa dette suivant les conditions mêmes de son contrat, sans qu'il puisse forcer son créancier à recevoir un paiement anticipé.

L'article 22, al. 2, vise toute une série d'acquisition dispensées de la purge. Cette dispense se justifie par ce motif que le but de la purge — réalisation du droit pri-

vilégié du créancier inscrit avec fixation définitive et maximum du prix sur lequel portera désormais son droit — est atteint dans les ventes énumérées par l'article 22, al. 2, qui réunissent toutes les garanties possibles pour la fixation du prix. Aussi, ces ventes purgent-elles par elles-mêmes.

C'est la même idée qui explique dans la loi du 10 juillet 1885, sur l'hypothèque maritime, la disposition de l'article 29 : la surenchère n'est pas admise au cas de vente judiciaire, au moins pour ceux qui pensent que le terme vente judiciaire, désigne toute vente faite avec autorisation et intervention de justice.

La procédure de la purge se trouve réglementée par l'article 22 de la loi.

L'acquéreur qui veut se garantir contre les poursuites du précédent vendeur, doit adresser à celui-ci et aux autres créancier sinscrits s'il en existe une notification contenant les mentions énumérées par l'article 22 § 3. Il peut faire cette notification à l'époque qu'il lui plaît, tant que les poursuites ne sont pas commencées. En pratique cependant, comme le plus souvent l'acquéreur devra ou payer comptant, ou payer dans un délai déterminé, il sera prudent de procéder immédiatement à la purge, sous peine d'avoir à payer deux fois son prix. Mais aussitôt les poursuites commencées, le législateur impose au tiers détenteur un délai de quinzaine pour commencer la procédure de purge, à partir de la sommation de payer qui lui est faite (1), et ce, à peine de forclusion.

---

(1) Au cas où il y a plusieurs créanciers inscrits ayant fait des sommations, le délai court de la première sommation. C'est la règle édictée par l'article 2183 C. civ.

Remarquons que cette sommation fait aussi courir le délai de huitaine à partir duquel le vendeur pourrait, en vertu de l'article 16, faire ordonner la vente du fonds. Qu'arriverait-il dans l'hypothèse où le vendeur aurait usé de ce droit avant que le tiers détenteur ait commencé à purger ? N'y aura-t-il pas là un obstacle à l'exercice de la purge ? Nous ne le pensons pas. La loi donne au tiers détenteur un délai de quinzaine ; il serait inadmissible que les créanciers aient la faculté de rendre inefficace cette prescription de la loi. Celle-ci n'établit qu'une cause de déchéance du droit de purger : l'inaction du tiers détenteur durant un certain délai, rien n'autorise à en admettre une autre.

Il n'y a qu'un moyen de concilier ces deux solutions de la loi : il faut admettre que lorsque le propriétaire du fonds grevé vend ce fonds, le vendeur primitif peut, en vertu de son droit de suite, adresser à l'acheteur une sommation de payer ; si, dans les huit jours de cette sommation, l'acheteur fait offre de son prix, le vendeur n'aura qu'à accepter ce prix ou à faire surenchère du dixième ; si, dans le même délai de huit jours, l'acheteur n'a fait aucune offre, le vendeur peut demander au tribunal de commerce l'autorisation de faire vendre le fonds de commerce aux enchères, mais l'acquéreur peut encore, tant que quinze jours ne sont pas écoulés, depuis la sommation de payer, offrir son prix ; si cette offre se produit, la procédure commencée par le créancier privilégié, à l'effet d'obtenir l'autorisation de vendre prend fin de plein droit ; si l'offre n'a pas lieu, la procédure suit son cours, la vente a lieu aux enchères et ne peut être suivie d'une purge.

La première formalité à accomplir pour le tiers détenteur d'un fonds de commerce qui veut purger, c'est donc l'envoi de notifications aux créanciers inscrits. Il y a là une différence importante avec la purge du Code civil et de l'hypothèque maritime. Aux termes de l'article 2181, l'acquéreur qui veut purger doit, avant toutes choses faire transcrire son titre d'acquéreur. De même, la mutation en douane est, de l'avis général, exigée pour la purge de l'hypothèque maritime. Mais les raisons qui commandent cette formalité en droit civil et en droit maritime n'existent point en cette matière .La transcription a pour but de rendre la transmission de propriété opposable aux tiers ; il en résulte que les créanciers ayant privilège ou hypothèque du chef du précédent propriétaire, peuvent utilement s'inscrire jusqu'à la transcription de l'acte d'aliénation. On comprend fort bien dans ce système que l'acquéreur qui veut purger, doive faire transcrire son titre ; cette transcription arrêtera la liste des inscrits. Mais la publicité organisée par l'article 3 de la loi du 17 mars 1909, n'a pas pour but dans l'esprit du législateur, l'efficacité de la transmission du fonds de commerce à l'égard des tiers et l'exigence d'une telle formalité comme condition préalable de la purge ne se comprendrait pas mieux que ne s'expliquait l'article 2181 C. civ., avant la loi de 1855, alors que la jurisprudence décidait que la transcription n'avait aucunement pour but l'opposabilité aux tiers des aliénations d'immeubles.

Les notifications doivent contenir un certain nombre

de mentions énumérées par l'article 22, al. 1. Il suffit de se reporter à cet article (Comp. article 2184 C. civ.).

Mais tandis que le Code civil exige du tiers détenteur un extrait de son titre, cet extrait n'est point ici exigé.

Quelle est la sanction de l'irrégularité d'une notification ? Il faut appliquer ici la règle des mentions substantielles ou simplement réglementaires. L'omission ou la fausseté d'une mention substantielle entraînerait la nullité de la notification. Ainsi serait nulle la notification qui ne contiendrait aucun prix ou qui contiendrait un prix inférieur à celui porté dans l'acte.

Le vendeur impayé qui reçoit cette notification, peut accepter les offres qui lui sont faites et voir ainsi son droit de suite transporté sur le prix. C'est ce qui se produira en particulier, s'il laisse s'écouler sans requérir la mise aux enchères, le délai de quinze jours, à compter de la notification, qui lui est imparti par l'article 23, al. 2. Il y a dans ce silence une preuve d'acceptation tacite. Bien qu'on ne trouve pas dans l'article 23 une disposition analogue à celle de l'article 2186 du Code civil, qui décide que, faute d'avoir requis la mise aux enchères dans les délais et les formes prescrites, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire, lequel, est en conséquence, libéré de tout privilège, en payant ledit prix aux créanciers qui seraient en ordre de recevoir ou en le consignant, il faut appliquer cette règle en notre matière.

Mais le vendeur, comme tout créancier inscrit, peut juger insuffisantes les offres qui lui sont faites. Il a le droit, dans ce cas, de requérir la mise aux enchères du

fonds, « les créanciers inscrits ne peuvent être con-« traints d'accepter le prix, dit à ce propos le rappor-« teur de la loi, s'il est insuffisant pour les désintéres-« ser. Le droit de surenchère est la sanction du droit « de suite ».

L'article 23 pose les règles de cette surenchère. Ces règles présentent une très grande analogie avec celles posées en matière d'hypothèque sur les immeubles et en matière d'hypothèque maritime. La comparaison des articles 2185 C. civ. et 21 de la loi de 1885 d'une part, et de l'article 23 de la loi du 17 mars 1909 d'autre part, établit cette ressemblance.

Montant de la surenchère. — La surenchère est d'un dixième en sus « du prix principal, non compris le matériel et les marchandises ». M. Cordelet expliquait ainsi cette exclusion des éléments corporels : « Les « marchandises, en effet, peuvent varier de nature, de « nombre ou de quantité, et, par suite, de valeur dans « l'intervalle entre la vente et la revente sur suren-« chère. Il peut en être de même du matériel ».

C'est la même idée qui a fait exclure des notifications de l'article 22 l'indication du prix du matériel et des marchandises. Il ne faudrait pas en conclure que la purge ne se produit pas pour ces éléments. Ce serait contraire au principe même de la purge du privilège ; assurer la libre circulation des biens. D'ailleurs, l'adjudicataire du fonds sur surenchère sera tenu de prendre ces éléments, et ce, au même titre que les autres (article 23, § 7) ; la purge se produit donc pour eux.

Le vendeur qui a requis la mise aux enchères doit

signifier sa réquisition, dit l'art. 23, § 2, à l'acquéreur et au débiteur, précédent propriétaire, dans la quinzaine de la notification qui lui a été adressée et ce, à peine de déchéance (1). Il n'y a pas d'augmentation de délai, à raison des distances, contrairement à l'article 1033 C. pr. c., « pour abréger, dit le rapporteur, le temps pendant lequel la propriété du fonds reste incertaine entre ses mains. »

La réquisition contiendra indication d'une caution, assignation à l'acquéreur et au précédent propriétaire, devant le tribunal de commerce, pour y voir statuer sur la réquisition de mise aux enchères (2).

Le § 2 de l'article 23, ajoute : « et voir ordonner qu'il sera procédé à la mise aux enchères publiques du fonds, avec le matériel et les marchandises qui en dépendent ». N'y a-t-il pas là une contradiction avec l'absence dans les notifications, de l'indication du prix des marchandises et du matériel, et l'abstraction de ces mêmes éléments dans la fixation du taux de surenchère. On serait tenté de l'expliquer par une erreur de rédaction provenant de ce que le projet primitif comprenait dans les notifications et la surenchère, le matériel et les marchandises. On aurait oublié de modifier le texte de l'article 23, § 2. Mais cela ne peut être, car l'introduction de la phrase incriminée est concomittante à l'introduction dans les articles 22 et 23, § 1, de la

(1) Article 2185 C. civ., le tout à peine de nullité.

(2) Article 21 de la loi de 1885 sur l'hypothèque maritime : cette réquisition contiendra assignation devant le tribunal civil du lieu où se trouve le navire, ou, s'il est en cours de voyage, du lieu où il est immatriculé pour voir ordonner qu'il sera procédé aux enchères requises.

mention : non compris le matériel et les marchandises. La seule explication, c'est le souci du législateur d'indiquer que, bien que le prix ne soit pas dès à présent fixé, c'est en vertu de son titre d'adjudicataire que celui-ci prendra le matériel et les marchandises à un prix qui résultera plus tard d'une estimation par expert.

Lorsque le vendeur aura fait sa réquisition de surenchère, il ne pourra plus se désister ; l'adjudication aura forcément lieu (article 23, § 4). La raison de cette décision, c'est qu'un désistement pourrait empêcher les autres créanciers de surenchérir eux-mêmes s'ils n'étaient plus dans les délais. La réquisition profitera donc à tous les créanciers inscrits. La surenchère ne tomberait que dans le cas où le vendeur paierait tous les créanciers inscrits.

Effets de la surenchère. — Le premier effet de la surenchère, sera, aux termes de l'article 23, al. 3, de transformer le tiers détenteur du fonds en administrateur séquestre de ce fonds, ce qui entraînera pour lui, l'impossibilité de faire sur le fonds d'autres actes que des actes d'administration. Cette transformation est de droit ; néanmoins, soit le tiers détenteur, soit le créancier, pourraient demander au tribunal de commerce, ou au juge des référés (1), la nomination d'un autre administrateur. « C'est un droit qu'il faut lui laisser (au « tiers détenteur), disent les travaux préparatoires, car

(1) Ou au *juge des référés ;* il y a une anomalie, une *inæleganta juris*, qu'on ne s'explique que par une erreur de législateur qui n'a pas vu que l'adoption de la compétence commerciale en général, nécessitait ici une modification. *Id.* art. 15, al. dernier.

« il est le premier intéressé à maintenir le fonds qu'il « peut avoir le désir et l'espoir de conserver ».

Cette disposition de la loi est-elle une dérogation au droit commun de la surenchère ? Oui, si on admet que le texte de l'art. 1691 du C. civ. est limitatif (1). Dans ce cas, les tribunaux ne pourraient nommer un séquestre judiciaire au cas de surenchère et l'article 23 innoverait complètement ; mais une partie de la doctrine et certaines décisions judiciaires, admettent que l'énumération de l'article 1691 n'est pas limitative et que les tribunaux peuvent ordonner la mise sous séquestre d'une chose qui forme l'objet d'une instance judiciaire lorsque la conservation des droits des parties l'exige (2). Si on admet cette doctrine l'innovation de l'article 23 se borne à ce qu'il édicte une transformation de plein droit du propriétaire en administrateur séquestre sans décision judiciaire.

A la suite de la surenchère, deux cas peuvent se produire : 1° le propriétaire qui purge devient lui-même adjudicataire ; 2° un tiers ou un créancier surenchérisseur deviennent adjudicataires.

1° *Le propriétaire qui purge devient adjudicataire.* — Il n'y a pas translation de propriété, mais confirmation d'un droit préexistant de l'acquéreur surenchéri. C'est le droit commun.

(1) Bruxelles, 6 juin 1809 (S. chr.). — *Sic* Troplong, dépôt n° 292 ; Duvergier, n° 536 ; Zacharine, Massé et Nogé, t. 5, p. 16, § 742, note 3 ; Laurent, t. 27, n°s 177 et 178.

(2) Paris, 15 avril 1885 (S. 87. 2. 183). — Nancy, 31 oct. 1885 (S. 86. 2. 289). — *Sic* Malleville, sur l'article 1961. — Guillouard, n°s 173 et s. et notamment en matière de surenchère. — Aubry et Rau, t. 4, p. 633, § 409 et Bordeaux, 17 mai 1831 (S. 31. 2. 287).

2° *Un tiers ou le créancier surenchérisseur deviennent adjudicataires.* — C'est une question vivement discutée en matière de privilèges immobiliers et d'hypothèques que celle de savoir si le droit de propriété du tiers détenteur se trouve résolu rétroactivement. La jurisprudence admet cette résolution rétroactive (1). La doctrine admet en général la solution contraire (2). Le système de la jurisprudence entraîne cette conséquence particulièrement grave que ce tiers détenteur étant censé n'avoir jamais été le propriétaire, les privilèges et hypothèques constitués par lui ne peuvent avoir aucun effet.

Mais, en matière de fonds de commerce cet inconvénient est singulièrement limité. Le tiers détenteur est transformé en vertu de l'article 23 en administrateur séquestre et ne peut plus faire que des actes d'administration. Les constitutions de droits réels ne seraient donc plus possibles qu'entre le moment de son acquisition et la signification de surenchère.

L'adjudicataire devra reprendre les marchandises et le matériel à dire d'experts en sus du prix d'adjudication (article 23, § 7).

Cette expertise sera contradictoire entre l'acquéreur

---

(1) Cass. 10 avril 1848 (S. 48. 1. 357) ; 15 déc. 1862 (S. 63. 1. 57) ; 19 avril 1865 (S. 65. 1. 280) ; 26 juillet 1894 (D. 96. 1. 281).

(2) Labbé, Rev. crit., 1861, t. 19, p. 298 et notes sous Cass. 15 déc. 1862 (P. 64. 469) ; Aubry et Rau, 284, texte et notes 109 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 3, n°s 2515 et s.

surenchéri, son vendeur et l'adjudicataire. Si le matériel et les marchandises ont diminué sensiblement de valeur, cela pourra avoir pour conséquence de donner à l'ensemble du fonds un prix de revente inférieur à celui offert par l'acquéreur. Enfin, aux termes de l'article 23, § 10, si c'est l'acquéreur surenchéri qui devient adjudicataire, il aura son recours contre son vendeur pour la partie du prix d'adjudication dépassant son prix d'acquisition, sauf, bien entendu, au cas d'acquisition à titre gratuit pour laquelle il ne saurait être parlé de garantie (1).

II. *Droit de préférence.* — Le privilège du vendeur engendre à son profit un droit de préférence mentionné dans l'article 2, al. 1. L'inscription prise dans la quinzaine de l'acte de vente primera « toute inscription prise dans le même délai du chef de l'acquéreur.

La loi du 23 mars 1855, article 6, sur la transcription en matière hypothécaire décide que le vendeur qui a fait inscrire son privilège dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente rendra son privilège opposable à toute transcription ou inscription prise dans ce délai. Les deux dispositions méritaient d'être rapprochées. Mais la disposition de la loi nouvelle est intéressante surtout au point de vue des rapports entre le créancier nanti et le vendeur. Sous l'empire de la l'ancienne

(1) Remarquons que le tiers détenteur évincé étant censé n'avoir jamais été propriétaire, et, par conséquent, n'étant pas l'auteur du nouveau propriétaire du fonds, n'est pas tenu de la garantie envers lui et pourra établir un commerce semblable.

législation, il était admis que les privilèges fondés sur le nantissement du fonds de commerce passaient avant le privilège du vendeur de fonds. Le système de publicité organisé par la nouvelle loi devait amener une autre solution. La créance du vendeur est toujours préférable à celle du créancier gagiste de l'acquéreur.

Nous aurons cependant à nous demander, lorsque nous aborderons l'examen critique de la loi du 17 mars 1909, si, en fait, cette disposition a fait disparaître toute utilité à l'ancienne pratique du nantissement pris par le vendeur sur son acquéreur.

Comment fonctionnera le privilège au point de vue de l'exercice de ce droit de préférence ?

Nous avons déjà étudié cette particularité intéressante de la loi nouvelle : cantonnement du privilège s'exerçant pour le prix de vente de chaque élément sur le prix de la revente de ce même élément (art. 1, § 4), mesure ayant pour but, nous dit M. Cordelet dans son rapport, de « limiter le privilège à son objet précis, à la cause dont il procède ».

Remarquons que cette règle aura son application au cas où l'immeuble ayant été incendié ou exproprié, le privilège portera sur l'indemnité d'assurance ou d'expropriation, par application de l'article 2 de la loi du 19 février 1889 et l'article 18 de la loi du 3 mai 1841. Il y aura donc lieu d'opérer une ventilation. Le privilège du vendeur pour le prix des marchandises portera sur la partie de l'indemnité afférente à la perte des marchandises. Le privilège du vendeur pour le prix du matériel portera sur la partie de l'indemnité afférente à la perte du matériel.

Pour le cas d'expropriation, il y aura lieu de distinguer l'indemnité due pour l'expropriation du fonds incorporel et du matériel.

SECTION II

Influence de la faillite et de la liquidation judiciaire sur le privilège du vendeur

Les droits des créanciers reçoivent au cas de faillite de nombreuses modifications. Il y a donc lieu de se demander quelle sera l'influence exercée par la faillite ou la liquidation judiciaire sur le privilège du vendeur.

L'article 550 du Code com., dans son dernier alinéa, porte que « le privilège et le droit de revendication établis par le numéro 4 de l'article 2102 C. civ., au profit du vendeur d'effets mobiliers ne peuvent être exercés contre la faillite ». En l'absence d'aucune règle contraire, il y avait lieu de faire application de cette disposition au vendeur d'un fonds de commerce. Celui-ci ne pouvait exercer contre la faillite le privilège que l'article 2102 accorde au vendeur de meubles. En fait, cependant, cet inconvénient était fort atténué par la possibilité qu'avait tout vendeur de fonds de commerce depuis la loi du 1er mars 1898, de se faire constituer un nantissement sur ce fonds par son acquéreur et nous avons vu que c'était là une pratique courante. L'article 546, C. com., permettait, en effet au créancier gagiste d'exercer son privilège contre la faillite. Mais quoiqu'il en soit, il y avait là une situation peu équitable.

Le vendeur, en effet, qui avait fait entrer une valeur souvent considérable dans le patrimoine de son acquéreur se voyait traité moins favorablement que le créancier nanti qui pouvait réaliser son gage et s'en faire attribuer le prix au détriment du vendeur.

Cette différence ne pouvait s'expliquer que par le caractère occulte du privilège du vendeur. Les travaux préparatoires de la loi du 28 mai 1838, qui précédèrent l'alinéa 6 de l'article 550 du Code de commerce sont significatifs à cet égard. M. Renouard, rapporteur de la loi, s'exprimait ainsi à la séance de la Chambre des députés, le 24 juin 1835 : « Lorsqu'un individu traite « avec un marchand, il ne peut se faire représenter « les actes en vertu desquels il a acheté le fonds dont « il est nanti. On ne peut pas dire d'un commerçant, « dont le fonds se compose principalement du loyer et « de l'achalandage, lorsqu'il est à la tête de ses affai- « res, que les individus qui traitent avec lui puissent « lui faire produire les actes par lesquels il a acquis « son fonds ; lorsqu'un négociant qui a succédé à un « autre se trouve à la tête d'un commerce qu'il a « acheté, il se présente aux tiers avec lesquels il con- « tracte, avec toutes les garanties des objets qui sont « entre ses mains. Vouloir qu'un vendeur exerce un « privilège en vertu d'un acte latent qui ne peut être « connu des tiers qui ont contracté avec le négociant « qui a succédé à un autre, c'est évidemment établir un « privilège au détriment de la masse des créanciers ».

La différence qui séparait le créancier nanti du vendeur au point de vue de l'exercice du privilège au cas de faillite tenait uniquement à l'absence de publicité

du privilège du vendeur ; celui-ci devenant public, cette différence de situation devait cesser. C'est ce qu'exprimait M. Cordelet : « Nous avons établi que « c'est le caractère occulte du privilège du vendeur « d'effets mobiliers, qui a été la raison déterminante « de son adoption (de l'art. 550, al. 6) ; nous en avons « logiquement conclu qu'elle devait cesser d'être ap- « plicable au privilège du vendeur d'un fonds de com- « merce, désormais rendu public par une inscription ». La Chambre de commerce de Paris admettait le principe. « Puisqu'il est admis que le vendeur peut, à l'ai- « de d'un nantissement à son profit sur le fonds cédé, « consolider son privilège de vendeur et le rendre, en « cas de faillite, opposable à la masse, qu'il est re- « connu que ce moyen est d'un usage courant, nous « ne saurions nous opposer à ce que ce privilège soit « inscrit dans la loi sous les conditions imposées dans « l'art. 1er de la proposition ».

Aussi, l'article 2, al. 7 de la nouvelle loi décide : l'art. 550 du C. com., n'est applicable ni au privilège ni à l'action résolutoire du vendeur de fonds de commerce (1).

(1) L'article 2, al. 7, par sa teneur semble viser sans distinction toutes les dispositions de l'article 550. Mais les travaux préparatoires permettent d'affirmer qu'il ne vise que l'alinéa dernier de cet article, laissant intacts les droits du propriétaire de l'immeuble tels qu'ils sont définis par l'article 550. Ene ffet, M. Cordelet, expliquant la disposition de la loi nouvelle au cas de faillite ne fait allusion qu'au dernier paragraphe de l'article 550 qu'il reproduit seul.

Des discussions se sont élevées au moment de la rédaction de la loi sur le point de savoir s'il ne conviendrait pas d'exclure du bénéfice de l'article 2, § 7, le privilège du vendeur en tant qu'il porte sur les marchandises. La Chambre de commerce de Paris demandait « pour les raisons mêmes qui ont fait exclure les « marchandises dans la dation en nantissement du « fonds de commerce, que le privilège du vendeur ne « puisse s'exercer en cas de faillite, sur les marchan- « dises du fonds cédé », et M. Milliard, sénateur, avait déposé un amendement ainsi conçu : « Toutefois, en cas de faillite, le privilège du vendeur ne s'exercera pas sur les marchandises ».

Nous avons déjà vu quelles raisons avaient fait décider que le privilège du vendeur à la différence du nantissement porterait même sur les marchandises. Les mêmes raisons devaient ici amener à faire entrer les marchandises dans la disposition de l'article 2, al. 7. Pourquoi décider autrement ? Peut-être ceux qui proposaient cette distinction se sont-ils laissé influencer par cette idée que dans l'article 550, le législateur avait entendu viser uniquement les meubles corporels et spécialement les marchandises, mais c'est là une opinion erronée. La question dès lors ne peut être que générale : le privilège du vendeur peut-il s'exercer contre la faillite ? Nous avons vu que la loi avait répondu par l'affirmative.

Que décider en ce qui concerne les inscriptions du privilège du vendeur prises après le jugement déclaratif de faillite ? Doit-on appliquer à ce privilège l'art. 448, § 1 du Code de commerce d'après lequel le droit

d'hypothèque ou de privilège ne pourront être inscrits après le jugement déclaratif de faillite ?

L'article 2, al. 1 *in fine*, décide que l'inscription du privilège du vendeur « prime toute inscription prise « dans le même délai du chef de l'acquéreur ; elle est « opposable à la faillite et à la liquidation judiciaire « de l'acquéreur ainsi qu'à sa succession bénéficiaire». Si l'on remarque que le législateur qui, dans l'article 11, § 2, décidait formellment que l'article 448, § 1, s'appliquerait aux nantissements n'a pas reproduit cette règle en ce qui concerne le privilège du vendeur, les termes de l'article 2, al. 1, doivent être entendus ainsi : Le privilège inscrit dans la quinzaine de l'acte de vente sera valablement inscrit alors même que dans l'intervalle serait intervenu un jugement déclaratif de faillite contre l'acquéreur, hypothèse d'ailleurs assez rare. D'autre part, les travaux préparatoires sont formels en ce sens. Voici ce que dit M. Cordelet dans son rapport : « En ce qui concerne la faillite et la « liquidation judiciaire, il semble qu'il y ait une déro- « gation à l'article 448 du Code de commerce, duquel « il résulte que les droits d'hypothèque et de privilège « valablement acquis ne peuvent être inscrits que jus- « qu'au jour du jugement déclaratif de faillite. Mais « une opinion favorable admet que le vendeur d'im- « meubles peut inscrire utilement son privilège, même « après le jugement déclaratif de la faillite, s'il est en- « core dans le délai de 45 jours imparti par la loi de « 1885. L'inscription prise dans le délai rétroagit au « jour de la vente et est, par suite, réputée prise avant « le jugement déclaratif. Cette solution est, il est vrai,

« contestée ; mais il y a d'autant plus lieu de l'adop-
« ter et de la consacrer en matière de vente de fonds
« de commerce que le délai accordé au vendeur de
« fonds de commerce, par l'article 2 est plus réduit et
« que le vendeur sera désormais privé de l'action réso-
« lutoire en même temps que du privilège » (1).

En résumé, l'inscription prise dans la quinzaine de l'acte de vente rétroagit au jour de l'acte. Il y a là une grande différence établie par le législateur entre le privilège du vendeur et du créancier nanti. On ne s'explique guère cette différence de traitement. Dans les deux cas, il y avait les mêmes raisons de décider, car le créancier qui a obtenu un nantissement a, comme le vendeur, un délai de quinze jours pour opérer son inscription (2). Sans doute la raison de cette solution réside-t-elle dans ce fait que le législateur de 1909 s'est inspiré pour le nantissement des règles posées par la société d'études législatives. Mais la société d'études législatives n'avait envisagé que le nantissement et pour celui-ci, elle avait adopté un principe différent de celui du législateur de 1909 et qui devait amener à des conséquences différentes ; une fois le principe du législateur de 1909 admis, il y avait lieu d'en tirer les suites qu'il comportait aussi bien pour le nantissement que pour la vente. Quoi qu'il en soit, il y a là une véritable *inelegantia juris*.

---

(1) Signalons la confusion qui est faite ici : le délai de 45 jours vise le droit de suite, non le droit de préférence, mais le raisonnement subsiste.

(2) *Sic* Bouvier-Bangilhon, L.N., p. 305.

Que décider pour les articles 446 et 447 C. com., dont le législateur fait mention dans l'article 11, mais sur l'application desquels il est muet en ce qui concerne la vente des fonds de commerce. L'article 446 visant des hypothèses limitativement énumérées est ici sans application, mais il est hors de doute que l'article 447 s'applique.

SECTION III

Extinction du privilège du vendeur

Le privilège du vendeur s'éteint, comme tout privilège, avec la créance qu'il garantit et dont il est l'accessoire. Seulement, il faut noter ici que nous sommes en réalité en face de trois privilèges distincts garantissant, le premier, le prix des marchandises, le deuxième, le prix du matériel et le dernier, le prix des éléments incorporels, de sorte que chacun de ces privilèges disparaîtra au fur et à mesure que disparaîtra la créance portant sur l'élément correspondant.

La loi a fixé l'ordre suivant lequel doit se faire l'imputation des paiements. Dans son article 1, § 5, elle décide : « Nonobstant toute convention contraire, « les paiements partiels autres que les paiements « comptant s'imputent d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel ».

Le législateur s'est montré très rigoureux en ce qui concerne l'application de cette règle, puisqu'il prononce la nullité de toute convention contraire. Ce n'est point ici une règle destinée à suppléer à la volonté non manifestée des partis. Le législateur impose cet ordre aux parties qui n'y pourront point déroger. L'imputation se fera donc d'abord sur les marchandises, en-

suite sur le matériel et en troisième lieu seulement sur les éléments incorporels.

Quelle est la raison qui a provoqué de la part du législateur cette mesure ? Si l'on se rapporte aux travaux préparatoires, on y voit que le but du législateur a été en premier lieu de « les dégager (les marchandi- « ses et le matériel), les premiers du privilège du ven- « deur et restituer aux tiers créanciers le gage appa- « rent sur lequel ils ont dû surtout compter ». Il est permis de se demander si cette raison est bien péremptoire, car les tiers ont le moyen de se renseigner sur l'existence du privilège et savent dès lors en quoi s'en tenir. Dans les travaux préparatoires, on trouve une autre raison : « On atteint du même coup un autre ré- « sultat qui n'est pas négligeable. L'acheteur d'un fonds « est parfois trompé sur sa valeur réelle ; s'il lui est « facile pour peu qu'il le veuille de vérifier la valeur « du matériel et des marchandises, il n'en est pas de « même des autres éléments du fonds, particulièrement « de la clientèle et de l'achalandage. N'est-ce pas un « motif de plus d'obliger le vendeur à imputer les paie- « ments partiels avant tout sur les marchandises et « sur le matériel ? En laissant soumise aux risques « d'insolvabilité la partie du prix total afférente aux « éléments dont la valeur est plus incertaine et plus « aléatoire, on intéresse le vendeur tout à la fois à ne « pas en surfaire la valeur et à choisir de préférence « un acquéreur lui présentant des garanties sérieuses ».

Pour nous, nous retrouvons dans cette règle de l'imputation des paiements une preuve de plus de la répugnance à admettre franchement, sans limites, le privi-

lège du vendeur de fonds de commerce, la tendance à en limiter le plus possible l'application (1).

Hâtons-nous de dire que cette règle du législateur en apparence très rigoureuse, sera le plus souvent tournée par la possibilité qu'a tout vendeur de fonds de commerce de se faire consentir un nantissement sur celui-ci par son acquéreur.

L'article 1er, § 1, ne vise d'ailleurs pas les paiements comptant. Dans ce cas, ou bien les parties auront fixé conventionnellement les règles de l'imputation et il y aura lieu de s'en rapporter à cette convention, ou bien les parties n'auront rien stipulé à cet égard ; le droit commun de l'article 1256 s'appliquera sans aucun doute et l'imputation se fera proportionnellement. Cette différence de traitement entre le paiement au comptant et le paiement non comptant ne se justifie guère ; il semble bien que dans les deux cas les mêmes raisons devraient dicter les mêmes solutions (2).

Le privilège du vendeur peut également disparaître par voie principale. Le vendeur peut renoncer à son privilège. Notons que la renonciation peut être expresse ou tacite mais, dans ce dernier cas, elle ne peut s'induire que de faits présentant un caractère non équivoque.

---

(1) Au cas où le prix est productif d'intérêts, nous pensons qu'il y aurait lieu d'appliquer l'article 1254 C. civ, en sorte que les paiements partiels s'imputeraient d'abord sur l'ensemble des intérêts mais seulement dans l'ordre suivant : 1° intérêts du prix des marchandises ; 2° du matériel ; 3° des éléments incorporels.

(2) *Sic* Bouvier-Bangilhon, *op. cit.*, p. 362.

La purge transforme le droit du vendeur comme de tous les créanciers inscrits en un droit sur le prix du fonds (art. 20 et 21). La perte du fonds de commerce le défaut d'inscription du privilège du vendeur dans la quinzaine de la date de l'acte de vente, la péremption de l'inscription sont autant de causes d'extinction du privilège par voie principale.

Appendice I

Déplacement du fonds

L'emplacement d'un fonds de commerce est un élément considérable de sa prospérité. Tel fonds aujourd'hui très prospère pourra perdre tout ou partie de sa valeur au cas de déplacement. Comme le dit le rapporteur de la loi : « son déplacement surtout s'il a lieu « loin de l'ancien siège, peut en entraîner la dépréciation ou même la ruine, et diminuer ou faire disparaître les sûretés résultant du contrat (1) ». En particulier, le vendeur est exposé comme créancier inscrit sur le fonds à voir diminuer son gage. Aussi le législateur a-t-il envisagé cette question dans l'art. 13 de la loi nouvelle.

Le législateur (art. 13, al. 1), impose d'abord au propriétaire du fonds de faire connaître aux créanciers inscrits quinze jours au moins à l'avance son intention de déplacer le fonds et d'indiquer le nouveau siège qu'il entend lui donner (2).

Si le propriétaire du fonds ne se conforme pas à

(1) Sess. ord. 1907. Séance du 25 janvier. Ann. 14.

(2) Cet avis de déplacement peut être donné par lettre missive.

cette obligation, la loi prononce contre lui la déchéance du terme.

Cette disposition a pour but d'éviter le danger suivant. Nous verrons que les créanciers inscrits ont, pour régulariser leur inscription, un délai de quinze jours à partir de la notification qui leur est faite. Or, si le législateur n'avait pas imposé au propriétaire du fonds un délai de quinze jours au moins, les régularisations d'inscriptions auraient pu être faites après que le fonds aurait été déplacé. Entre temps, il aurait pu arriver qu'un nouveau créancier vint, par une inscription, primer les créanciers inscrits, vendeurs ou autres.

Le créancier inscrit étant ainsi averti, la loi lui impose l'obligation suivante, art. 13, al. 2 : « Dans la « quinzaine du jour où ils auront eu connaissance du « déplacement, le vendeur ou le créancier gagiste doi- « vent faire mentionner, en marge de l'inscription « existante, le nouveau siège du fonds et, si le fonds a « été transféré dans un autre ressort, faire reporter à « sa date l'inscription primitive avec l'indication du « nouveau siège sur le registre du tribunal de ce res- « sort ». Ainsi, deux cas sont prévus.

1° Le déplacement a lieu dans le ressort du tribunal de commerce où s'exploite le fonds. Il suffira de mentionner, en marge de l'inscription existante, le nouveau siège du fonds.

2° Le déplacement du fonds a lieu dans un autre ressort. L'inscription sera transcrite sur le registre du greffe du tribunal du nouveau ressort et elle gardera sa date première. Ce n'est pas une nouvelle inscription, c'est un report de la première inscription.

Le rapprochement est intéressant avec l'hypothèque maritime. Dans le cas de l'hypothèque maritime, comme dans le cas du privilège du vendeur de fonds de commerce ou du créancier nanti, le rapprochement fait avec les immeubles qui ont une assiette fixe permettant la publicité doit se combiner avec cette idée que le fonds de commerce comme le navire est susceptible d'un déplacement qui ne saurait se produire pour les immeubles. Que dit la loi de 1885, art. 7, al. 3 ? « Si le « navire change de port d'immatricule, les inscriptions « non rayées sont pareillement reportées d'office par « le receveur des douanes du nouveau port où il est « immatriculé sur son registre et avec mention de leurs « dates respectives. » La parenté est évidente entre ce texte et l'article 13, al. 2, de la loi nouvelle.

Quelle sera la sanction de cette disposition ? On ne saurait admettre de nullité sans un texte qui la prononce. Or, l'article 13, al. 2, ne la prononce pas. D'ailleurs les travaux préparatoires sont suffisamment explicites à cet égard : « Quelle sera la sanction de ces « obligations ? La commission n'a pas cru pouvoir la « déterminer, elle a laissé ce soin aux tribunaux. Ce « sera une question de fait et d'appréciation. Quand « le déplacement aura lieu dans le même ressort, on « recherchera si l'absence de la mention du nouveau « siège en marge de l'inscription a pu laisser planer « un doute sur l'identité du fonds et induire ainsi des « tiers en erreur. Si le fonds a été transféré dans un « autre ressort, et si une autre inscription est venue « le frapper avant que l'inscription primitive ait été

« reportée à sa date sur le registre du nouveau res-
« sort, le juge tiendra compte de toutes les circonstan-
« ces de fait. Le premier créancier a-t-il été négligent ?
« A-t-il fait reporter son inscription dans la quinzaine
« de l'avis ou de la connaissance qu'il a eue du dépla-
« cement ? Le nouveau créancier avait-il connaissance
« du premier nantissement ? Est-ce par suite d'une con-
« nivence avec le débiteur qu'il s'est fait consentir un
« nantissement sur un fonds à peine installé ? Il sem-
« ble que son inscription devra primer l'inscription
« primitive, même reportée dans la quinzaine, s'il a
« été de bonne foi ».

Dans cette partie de la discussion il faut distinguer deux cas prévus.

1° Le créancier primitif — le vendeur en l'espèce — a fait la mention qui lui est prescrite dans le délai de quinzaine à partir du jour de la notification ou de la connaissance qu'il a eue du déplacement. Dans ce cas, c'est à tort que les travaux préparatoires posent la question de négligence. Aucune hésitation ne peut être possible. Il n'y a pas lieu de se demander si le nouveau créancier avait connaissance de l'existence du privilège du vendeur ; il avait tous les moyens de se renseigner, il ne peut s'en prendre qu'à lui. Lorsque le vendeur aura pris les mesures édictées par l'article 13 dans le délai voulu, il primera toujours le nouveau créancier. La loi elle-même l'affirme : l'ancienne inscription régularisée conserve son rang ; elle est reportée à sa date. Il faudrait seulement réserver le cas de fraude de la part du vendeur, comme dans l'hypothèse

d'une collusion entre le vendeur et le débiteur en vue de tromper le nouveau créancier... (1).

2° Le vendeur n'a pas opéré dans le délai de quinzaine les formalités prescrites par l'article 13 ? Ici la question de négligence se pose. En effet, il faudra se demander si, par l'absence de mention en marge de l'inscription, le tiers a pu être induit en erreur ; s'il n'avait pas en réalité connaissance du privilège. Ce sera une question d'appréciation par les tribunaux *volenti non fit injuria*. A plus forte raison, faudrait-il réserver le cas de connivence entre ce nouveau créancier et le débiteur.

On a fait remarquer avec raison qu'une autre solution aurait pu être envisagée par suite des apparences de logique qu'elle présente. Un privilège ou une hypothèque ne peuvent être opposés aux tiers qu'autant qu'ils ont été inscrits conformément à la loi. La connaissance personnelle que ces tiers pourraient en avoir par une autre voie ne saurait y suppléer. Or, ne doit-on pas admettre que le défaut de régularisation dans le délai de quinzaine équivaut au défaut d'inscription du privilège ? L'analogie entre le délai de régularisation et le délai d'inscripion ne milite-t-elle pas en faveur de cette solution ? En sorte que, nonobstant toute connaissance personnelle du privilège antérieur par le nouveau créancier, celui-ci pourrait invoquer le défaut de régularisation ; en sorte encore que cette régularisation ne pourrait pas davantage être faite après le délai de

(1) *Sic* Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 380 ; Montier-Faucon, p. 193.

quinzaine que ne le pourrait être l'inscription elle-même.

On peut faire observer tout d'abord que cette dernière conséquence condamne la solution proposée, car le législateur doit préférer une régularisation même tardive à l'absence de régularisation. Mais la meilleure critique consiste dans cette remarque, que l'article 13 parle du créancier gagiste, en même temps que du privilège du vendeur ; or, on a vu que l'inscription dans le délai de quinzaine avait une portée bien différente en ce qui concerne le créancier gagiste et le vendeur. Si le législateur avait voulu assimiler la régularisation à l'inscription elle-même, il n'aurait pas mis ici sur la même ligne le vendeur et le créancier gagiste. Il y a là deux théories indépendantes.

Plaçons-nous dans l'hypothèse où les choses se sont passées régulièrement et conformément à l'article 13, § 2. De deux choses l'une : ou le créancier, dans l'espèce le vendeur, aura consenti au déplacement du fonds, ou il se sera opposé à ce déplacement.

Dans le premier cas, pas de difficulté. Rien n'est changé dans les rapports du vendeur et du débiteur qui restent ce qu'ils étaient auparavant.

Dans le second cas, l'article 13, al. 3, donne la solution suivante : « Le déplacement du fonds de com-« merce sans le consentement du vendeur ou des créan-« ciers gagistes peut, s'il en résulte une dépréciation « du fonds rendre leurs créances exigibles ». Ainsi les créanciers inscrits, gagiste ou vendeur, peuvent demander contre leur débiteur la déchéance du terme. Mais il résulte des termes mêmes de la loi que cette

déchéance ne sera pas nécessairement prononcée. Les tribunaux auront à examiner si le déplacement du fonds est une cause réelle de dépréciation de ce fonds. M. Cordelet, dans les travaux préparatoires, s'exprimait ainsi : « La déchéance est laissée à l'appréciation du « tribunal ; il ne faut pas que les créanciers inscrits « puissent s'opposer, sans un motif valable, à un dé- « placement peut être avantageux ou rendu nécessaire « par l'impossibilité de renouveler le bail en cours » (1).

Aux termes de l'article 2131 du Code civil au cas où les immeubles hypothéqués ont subi des détériorations telles, qu'ils sont devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre son remboursement immédiat ou obtenir un supplément d'hypothèque.

On sait que l'opinion commune admet que le choix des deux alternatives de l'article 2131 C. civ., appartient au débiteur. Ne pourrait-on pas faire application de cette solution à notre matière et dire que le débiteur pourra éviter la déchéance du terme en offrant un supplément de garantie ? Nous ne le pensons pas, car l'article 2131 vise uniquement le cas ou la perte ou la détérioration ont eu lieu par cas fortuit, ce qui n'est pas l'hypothèse visée par l'article 13, al. 3.

Aux termes de l'article 13 § 5, le tribunal compétent sera le tribunal de commerce du défendeur et les règles de procédure à suivre seront les règles édictées par l'art. 13, § 8, qui organise une procédure rapide.

Le tribunal statue dans la quinzaine de la première

(1) Sess. ord. 1907. Séance du 25 janvier. Ann. 14.

audience, le jugement n'est pas susceptible d'opposition et est exécutoire sur minute. L'appel est formé dans la quinzaine.

Il faudrait réserver le cas où le déplacement du fonds aurait lieu en dehors du fait du débiteur, comme par exemple, au cas où le propriétaire de l'immeuble où s'exploite le fonds refuserait de renouveler le bail, ou encore au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Les termes mêmes de l'article 13, al. 1, indiquent que la sanction qu'il édicte ne saurait s'appliquer qu'au déplacement volontaire de la part du débiteur puisqu'il vise l'hypothèse où celui-ci a manifesté « son intention de déplacer le fonds ».

Enfin, au cas où le déplacement atteindrait non le fonds lui-même, mais seulement une partie de son matériel et à condition que le siège de l'exploitation du fonds reste le même, il n'y aurait pas lieu d'accomplir les formalités de l'article 13.

Appendice II

Résiliation du bail

Si le déplacement du fonds peut être une cause de dépréciation du fonds, il faut en dire de même de la résiliation du bail par le propriétaire de l'immeuble où s'exploite le fonds, car cette résiliation du bail amènera forcément un déplacement du fonds. Il y a donc là un danger pour le vendeur qui a fait inscrire son privilège (comme d'ailleurs pour le créancier nanti) et qui verra déprécier l'assiette de son privilège.

Le rapporteur de la loi, M. Cordelet, signalait ainsi ce danger : « Il y a beaucoup de fonds de commerce « dont la valeur réside surtout dans le droit au bail, « et si on peut permettre au propriétaire et au loca- « taire, peut-être par une collusion contre les créan- « ciers inscrits, de résilier le bail, soit par une sorte « de comédie judiciaire, en allant demander la résilia- « tion au tribunal, soit par une résiliation amiable, le « droit des créanciers inscrits, de celui qui a vendu le « fonds auquel le prix est dû, ou de celui qui a fourni « les capitaux ou les marchandises nécessaires à son « exploitation, sera absolument sacrifié. C'est la né-

« cessité de sauvegarder ce droit qui a dicté la disposi-
« tion de l'article 14 » (1). Cet article 14, dont la dis-
position est évidemment le pendant de celle contenue dans l'al. 4 de l'article 2, décide que le propriétaire qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel s'exploite un fonds de commerce grevé d'inscriptions, doit notifier sa demande ou sa résiliation amiable aux créanciers inscrits (2). « La même obliga-
« tion (imposée au vendeur quant à son action résoiu-
« toire), dit encore M. Cordelet, doit être imposée au « bailleur qui poursuit la résiliation du bail des lieux « dans lesquels s'exploite le fonds ». Mais là s'arrête l'analogie.

En étudiant les modes d'extinction de l'action résolutoire du vendeur, nous rencontrerons un moyen de purger cette action résolutoire (art. 2, al. 6). Il existe dans le Code de commerce (art. 450, al. 4 et 5), une purge semblable établie à l'encontre du bailleur de l'immeuble où s'exploite le fonds du failli. La loi lui donne un délai pour former sa demande en résiliation; au bout de ce délai, il est déchu de son action en résiliation. On aurait pu concevoir une semblable mesure dans notre cas.

Le jugement prononçant la résiliation du bail ne pourra avoir lieu qu'un mois après la notification et, de même, la résiliation amiable ne deviendra définitive qu'un mois après le même délai.

Cette disposition de la loi a donné lieu durant les

---

(1) Sénat. Séance du 2 mars 1907. *Journ. Off.*, 2 mars p. 166.

(2) Paris,, 26 nov. 1910, *Gaz. Trib.*, 9 fév. 1911.

travaux préparatoires à de nombreuses discussions. On faisait remarquer à l'encontre de cette solution, que l'obligation d'attendre pendant un délai d'un mois peut causer un préjudice au propriétaire et au commerçant qui peuvent avoir sous la main un autre locataire qu'ils n'auront plus dans un mois. D'autre, part, le délai imposé aux tribunaux va à l'encontre de cette idée généralement admise qu'il est bon que les conflits soient tranchés le plus rapidement possible. Enfin on objectait que cette solution allait à l'encontre de l'intérêt du propriétaire, du commerçant et du créancier inscrit lui-même. A ces diverses remarques, on répondait en faisant valoir que la prospérité du fonds tient souvent à son emplacement, que l'on pouvait craindre une collusion frauduleuse entre le bailleur et le commerçant contre les créanciers inscrits, qu'il était de toute nécessité de prévenir les créanciers inscrits, afin de les mettre à même de garantir leurs intérêts par les moyens qu'ils jugeraient utiles.

Quant au délai d'un mois, il résulte des déclarations de M. Cordelet que c'est un délai maximum et il faut bien convenir que dans une instance en résiliation de bail, le débiteur obtient des délais généralement plus longs.

Nous avons étudié le cas où le vendeur ayant reçu notification du propriétaire de l'immeuble n'a pas opéré le report de l'inscription dans le délai de quinzaine et la sanction qui devait s'ensuivre. Mais que décider au cas où le propriétaire n'aurait pas fait la notification et aurait obtenu cependant du tribunal, la

résiliation du bail ? Il semble bien que la seule sanction possible soit une action en dommages-intérêts basée sur l'article 1382 et qui pourra être intentée par le créancier inscrit. Les tribunaux arbitreront le dommage causé en se basant sur la diminution de valeur du fonds provenant de la résiliation du bail ce qui pourra d'ailleurs occasionner des difficultés d'appréciation. Il serait à souhaiter que les tribunaux quand ils auront à se prononcer sur une résiliation de bail de cette nature exigent de la part du propriétaire le certificat mentionné en l'article 32 et spécifiant qu'il n'existe aucune inscription. Au cas où le certificat délivré mentionnerait au contraire l'existence d'inscriptions, les juges devraient exiger la preuve que la notification a été bien faite. Ainsi seront évitées les surprises possibles.

Appendice III

Conflits possibles entre le privilège du vendeur et certains privilèges

Le privilège du vendeur peut se trouver en conflit avec ceux qui appartiennent à d'autres créanciers de l'acquéreur.

Des inscriptions peuvent avoir été prises du chef de l'acquéreur dans le délai de quinzaine donné au vendeur pour prendre inscription.

Un conflit peut également s'élever entre le vendeur et le créancier nanti du fonds.

Si l'immeuble dans lequel s'exploite le fonds n'appartient pas à l'acquéreur du fonds, un conflit peut s'élever entre le bailleur de l'immeuble et le vendeur.

Enfin si l'on suppose que le commerçant exploite le fonds dans un immeuble lui appartenant et grevé d'hypothèques, faut-il dire que le matériel se trouvant dans les conditions de l'article 524 est devenu immeuble par destination, ou bien doit-on donner la préférence au vendeur dont le privilège atteint le matériel.

Nous allons examiner rapidement la solution qu'il convient de donner à ces différents conflits.

I. Conflits entre les inscriptions prises du chef des créanciers de l'acquéreur dans la quinzaine de l'acte de vente et le privilège du vendeur.

Nous avons déjà résolu cette question en étudiant l'effet rétroactif du privilège du vendeur inscrit dans la quinzaine de l'acte de vente : « Le privilège du vendeur « du fonds, disent les travaux préparatoires, inscrit « dans la quinzaine (comme celui du vendeur d'immeu- « bles, inscrit dans les quarante-cinq jours de la vente, « (article 6 de la loi du 23 mars 1855), prime toute « inscription prise dans le même délai du chef de l'ac- « quéreur ».

Remarquons en passant l'erreur singulière commise par le rapporteur de la loi : Nous ne sommes pas ici en présence du droit de suite, or, le délai de quarante-cinq jours donné au vendeur d'immeubles par l'article 6 de la loi du 23 mars 1855 se rapporte au droit de suite et non au droit de préférence qui seul est en question dans l'article 2, al. 1. « Elle (l'inscription du pri- « vilège du vendeur d'un fonds de commerce) prime « toute inscription prise dans le même délai du chef « de l'acquéreur ». L'analogie eut été plus vraie avec le délai de soixante jours accordé au copartageant par l'article 2109 C. civ.

Remarquons également la singulière *inelegantia juris* produite par la différence existant entre le vendeur et le créancier gagiste au point de vue de l'effet rétroactif de son privilège. Comme on l'a fort justement fait remarquer « le vendeur du fonds de commerce a un délai « de 15 jours pour s'inscrire avec ses inconvénients

« (l'inscription doit être prise à peine de nullité dans « ce délai), mais avec des avantages (l'inscription dans « la quinzaine a effet rétroactif au début de la quin- « zaine...). Pour le gagiste, le même délai fatal (art. 11 « al. 1) et sans effet avantageux ou rétroactif (art. 11, « al. 2) ».

II. Conflit entre le vendeur et le créancier nanti du fonds.

Il s'agit ici d'un nantissement de son fonds consenti par l'acquéreur d'un fonds de commerce qui n'a pas encore payé le prix de ce fonds.

En fait, ce conflit ne pourra se produire par suite de la combinaison des art. 2, § 1 et 11 de la loi. En effet de deux choses l'une, ou le privilège n'a pas été inscrit dans le délai de quinzaine et alors il ne peut plus être inscrit et n'existe pas, ou il a été inscrit dans ce délai de quinzaine et par suite de la rétroactivité de l'inscription au jour de la vente, l'inscription du privilège sera toujours antérieure à celle du nantissement qui, par hypothèse est forcément postérieure à la vente.

Il est intéressant de comparer ces solutions à celles données par M. Percerou. M. Percerou donne la préférence au créancier nanti sur le vendeur du fonds. Mais le motif de cette solution c'est précisément le caractère occulte du privilège du vendeur, c'est la « suite de cette « idée très simple qu'en l'état actuel de nos lois, le « privilège du vendeur d'un fonds de commerce n'étant « pas légalement publié, le créancier nanti ne peut être

« réputé en faute de l'avoir ignoré (1) ». En sorte que, en présence d'un privilège du vendeur et d'un nantissement l'un et l'autre rendus publics, M. Percerou réglait la priorité d'après l'ordre des publications.

III. Conflit entre le bailleur de l'immeuble et le vendeur.

Nous ne pensons pas qu'il puisse y avoir de doute. Le vendeur doit l'emporter : en effet, le vendeur prime le créancier nanti, or le privilège du bailleur est de même nature que le privilège du créancier nanti. Il repose, comme lui sur l'idée de gage et l'on doit admettre la même solution dans les deux cas.

D'autre part, aux termes de l'article 2102, si le propriétaire a eu connaissance de l'existence du privilège du vendeur, celui-ci s'exercera avant le privilège du bailleur ; or, l'inscription du privilège du vendeur du fonds de commerce a précisément pour but de porter le privilège à la connaissance des tiers.

Cette solution présente de graves inconvénients au cas de renouvellement du bail. Le propriétaire, en présence du privilège du vendeur primant son privilège de bailleur hésitera à renouveler le bail. On a essayé de tourner cette difficulté en classant le privilège du bailleur parmi les privilèges garantissant les frais faits pour la conservation de la chose (2), le droit au bail devant être considéré comme indispensable au fonctionnement du fonds. Nous ne pensons pas qu'on puisse

(1) Percerou. *Bulletin de la Soc. d'études législatives*, année 1903.

(2) Eman Thibaut. *Privilège et nantissement des fonds de commerce.*

admettre une pareille solution ; le privilège du bailleur n'a pas le caractère qu'on voudrait ainsi lui prêter. La solution admise par nous est la seule juridique (1), quelque inconvénient pratique qu'on puisse lui reconnaître.

Nous constatons qu'en vertu de la règle posée par le législateur et suivant laquelle le matériel et les marchandises renouvelés ne sont censés subrogés à ceux de la première vente que pour leur valeur respective lors de cette vente, il pourra se faire qu'une partie du matériel ou des marchandises reste libre du privilège du vendeur et soumis par conséquent au privilège du bailleur de l'immeuble sans conflit avec le vendeur du fonds.

IV. Cas où l'acquéreur du fonds de commerce exploite son fonds dans un immeuble lui appartenant et grevé d'hypothèque.

Si l'immeuble dans lequel l'acquéreur d'un fonds de commerce exploite ce fonds appartient à cet acquéreur, il est possible que cet immeuble soit grevé d'une hypothèque. Si l'on remarque que le matériel du fonds de commerce devient alors immeuble par destination (art. 524 du Code civil), ne doit-on pas décider que le droit du créancier hypothécaire s'étendra au matériel primant ainsi le privilège du vendeur ? On pourrait en ce sens invoquer la jurisprudence constante qui décide

(1) A l'heure où nous mettons sous presse, la Cour de Nimes vient de rendre un arrêt en date du 23 juillet 1912, entièrement conforme à cette idée.

qu'au cas où l'objet vendu (1) est immobilisé, le privilège du vendeur s'éteint. Nous pensons néanmoins que cette solution ne serait pas conforme à l'esprit de la loi de 1909. La publicité donnée au privilège du vendeur introduit dans la question un élément nouveau. Chaque créancier pourra se renseigner sur l'état des inscriptions qui peuvent grever soit le fonds, soit l'immeuble et l'ordre des dates déterminera l'ordre des préférences, avec cette remarque que l'inscription du privilège du vendeur prise dans la quinzaine de l'acte de vente primerait cependant toute inscription hypothécaire prise dans le même délai (art. 1, § 2, L. 1909).

Cette idée de publicité avait déterminé M. Percerou en faveur de cette solution dans le conflit voisin de celui étudié, entre le commerçant, propriétaire de l'immeuble où il exploite son fonds et le créancier nanti de ce fonds et dans le nantissement duquel entre le matériel. « En législation, la meilleure solution du conflit « serait, croyons-nous, celle qui détermine le rang de « préférence d'après l'ordre des dates, au moment où « il reçoit la sûreté que lui consent le débiteur, chaque « créancier peut, en effet, savoir aisément s'il n'y a « pas déjà quelque charge réelle grevant le matériel ; « le créancier hypothécaire, en consultant le registre « des inscriptions de nantissement, le créancier nanti, « celui des hypothèques ». Mêmes raisons de décider dans notre cas (2).

---

(1) Req. 11 janv. 1887, D. 87. 1. 375. — Alger, 15 fév. 1852, D. 92. 2. 472.

(2) *Sic* Bouvier-Bangillon, p. 314; Montier-Faucon, p. 181.

TITRE III

L'Action résolutoire du vendeur de fonds de commerce et la loi du 17 mars 1909

Le vendeur qui n'a pas obtenu le paiement de son prix de vente peut choisir entre les deux solutions suivantes : poursuivre l'exécution du contrat et exercer son privilège ou, s'il préfère, user de la faculté qui lui appartient en vertu de l'article 1184 C. civ. et demander la résolution de la vente (article 1654), en intentant contre son acquéreur l'action résolutoire.

Il n'est pas douteux que le vendeur du fonds de commerce possède cette action résolutoire,, action qu'il pourra exercer même contre les tiers acquéreurs de bonne foi ainsi que le reconnaissait la jurisprudence dans son dernier état (1). L'article 2279 applicable aux ventes mobilières, était reconnu inapplicable à la vente d'un fonds de commerce, meuble incorporel et comme tel ne tombant pas sous le coup de cet article.

Cette action résolutoire causera aux tiers le même préjudice que le privilège du vendeur, puisqu'elle aura pour effet de soustraire aux créanciers de l'acquéreur un gage sur lequel ils comptaient. Le législateur devait s'en préoccuper au même titre que du privilège et la loi du 17 mars 1909 est venue édicter un ensemble de règles dont l'examen fera l'objet de ce titre.

---

(1) Paris, 22 mai 1901, D. 1903. 2. 97.

CHAPITRE PREMIER

Conditions d'existence de l'action résolutoire

Du moment que l'action résolutoire pouvait avoir pour conséquence l'obligation pour le sous-acquéreur de restituer le fonds ou de payer deux fois son prix, il fallait donner à ce tiers acquéreur de bonne foi, un moyen de savoir s'il avait à redouter une pareille éventualité ; pour cela, il fallait adopter en cette matière le principe déjà suivi par la loi du 23 mars 1855, art. 7, relativement aux ventes d'immeubles et déclarer l'action résolutoire solidaire du privilège du vendeur. C'est ce qu'a décidé la loi du 17 mars 1909. Désormais, conformément à la logique, le privilège du vendeur et l'action résolutoire étaient déclarés solidaires et ici, comme en matière d'immeubles, confondus dans une même mesure de publicité.

Quelles vont être les conditions exigées pour la naissance de l'action résolutoire ?

Tout d'abord, la solidarité établie entre le privilège du vendeur et l'action résolutoire engendrera les conséquences suivantes : toutes les conditions exigées pour la naissance du privilège du vendeur le seront pour la naissance de l'action résolutoire. A défaut d'un acte écrit constatant la vente, l'action résolutoire ne naîtra

pas davantage que le privilège du vendeur. A défaut de l'inscription du privilège du vendeur dans les 15 jours de l'acte de vente, l'action résolutoire ne naîtra pas.

Mais, en outre, la loi a édicté ici une mesure d'un caractère exceptionnel et qui ne se rencontre pas en matière de vente d'immeubles. L'article 2, al. 2 de la loi du 17 mars 1909 décrète que mention de cette action résolutoire doit être faite dans l'inscription du privilège du vendeur. C'est une précaution de plus, prise dans l'intérêt des tiers.

Si le vendeur n'a pas réservé expressément l'action résolutoire dans le bordereau d'inscription, il est censé y avoir renoncé et ne peut plus l'exercer. Mais il ne faut pas exagérer, c'est dans l'inscription du privilège et là seulement, que cette réserve est exigée et nullement dans l'acte de vente (1).

Que décider si l'action résolutoire a été mentionnée plus de quinze jours après la vente ? Il n'est pas douteux que cette réserve tardive serait dépourvue de toute efficacité. L'action résolutoire est solidaire du privilège elle est donc soumise quant à sa naissance, aux mêmes rigueurs et ne peut plus naître à un moment où le privilège ne pourrait plus être inscrit.

D'ailleurs, il faut bien remarquer que cette règle de la solidarité de l'action résolutoire et du privilège ne reçoit son application qu'à l'égard des tiers, c'est-à-dire à l'égard de ceux qui ont intérêt à ce que cette action résolutoire ne soit pas exercée, quels sont ces

(1) Trib. com. Marseille, 13 janv. 1911, *Rec. Marseille*, 1911. 1. 114.

tiers ? Evidemment, le créancier gagiste et le tiers acquéreur de bonne foi, qui ont intérêt au non exercice de l'action résolutoire. Ils ne sont pas les seuls et les créanciers chirographaires de l'acquéreur qui trouvent ce fonds de commerce dans le patrimoine de leur débiteur ont un grand intérêt à ce que ce gage n'en soit pas distrait. Mais entre le vendeur et l'acquéreur, le droit commun subsiste et le vendeur non payé, même s'il n'a plus le droit d'inscrire son privilège, aurait toujours le droit d'exercer son action résolutoire contre l'acquéreur.

Remarquons enfin, qu'il convient, à un autre titre, de limiter la portée d'application de l'article 2, al. 2. Cette règle est attachée à la qualité exclusive de vendeur d'un fonds de commerce. Elle ne s'appliquera donc plus s'il s'agit, non plus d'une vente, mais simplement d'un échange d'un apport en société ou d'une location, ou encore de la vente d'un élément séparé.

CHAPITRE II

Exercice de l'action résolutoire

Le législateur distingue deux sortes de résolutions : la résolution judiciaire et la résolution amiable.

I. *Résolution judiciaire.* — La loi vise la résolution judiciaire dans l'article 2, al. 4. « Le vendeur qui « exerce l'action résolutoire, doit la notifier aux créan- « ciers inscrits sur le fonds au domicile par eux élu « dans leurs inscriptions. Le jugement ne peut interve- « nir qu'après un mois écoulé depuis la notification ». Le vendeur non payé s'adresse au tribunal compétent et demande la résolution de la vente. Mais les créanciers inscrits sur le fonds peuvent avoir intérêt à intervenir ; les droits à eux consentis par le débiteur sur le fonds, se trouveront anéantis si la vente est résolue. Aussi le vendeur doit-il notifier sa demande aux créanciers inscrits sur le fonds au domicile élu par eux dans leur inscription et le tribunal saisi devra surseoir à statuer jusqu'à l'expiration du mois qui suivra cette notification.

M. Cordelet indiquait dans son rapport les raisons de cette décision : « Ce paragraphe de l'article, disait- « il, se justifie aisément : il oblige le vendeur qui

« exerce l'action résolutoire à la notifier aux créan-
« ciers inscrits sur le fonds, dont l'intervention peut
« avoir pour objet, soit d'arrêter l'action et de main-
« tenir leurs privilèges en désinteressant le vendeur,
« soit de s'opposer à des compensations dont la cause
« ne serait pas établie ». D'autre part, au cas où pour une cause quelconque, l'action résolutoire se trouverait éteinte, ils pourraient s'opposer à son exercice. De plus, l'article 2, § 3, prévoit une expertise contradictoire pour fixer le prix des marchandises et du matériel existant au moment de la reprise de possession par le vendeur ; les créanciers, prévenus par la notification pourront y assister.

Notons que si les créanciers désintéressaient le vendeur, conformément à l'article 1251, § 1 du Code civil, ils seraient subrogés aux droits du vendeur.

Le législateur n'a pas imposé de délai au vendeur pour faire la notification prescrite. C'était inutile ; il n'y a pas à craindre de retard de la part du vendeur car le jugement ne pouvant intervenir qu'un mois après cette notification, le vendeur qui demande la résolution de la vente a évidemment intérêt à ce que celle-ci soit prononcée le plus rapidement possible, et par conséquent, il fera la notification sans attendre.

II. *Résolution amiable.* — Cette deuxième hypothèse est visée par l'article 2, al. 5. « Le vendeur qui a sti-
« pulé lors de la vente, que faute de paiement dans le
« terme convenu, la vente serait résolue de plein droit,
« ou qui en a obtenu de l'acquéreur la résolution amia-
« ble, doit notifier aux créanciers inscrits aux domici-

« les élus, la résolution encourue ou consentie qui ne « deviendra définitive qu'un mois après la notification « ainsi faite ». Deux cas sont prévus.

Le premier vise le pacte commissoire, c'est-à-dire le cas où, dans l'acte même de vente il a été convenu par les parties que, faute de paiement, la vente serait résolue de plein droit, ou, *à fortiori* de plein droit et sa sommation.

Le second cas vise l'hypothèse, ou, sans qu'il y ait eu de pacte de ce genre, l'acquéreur et le vendeur s'entendent pour résoudre la vente sans s'adresser aux tribunaux.

On conçoit que les créanciers ont ici le même intérêt à connaître cette résolution amiable ou conventionnelle soit pour s'y opposer en contestant le droit du vendeur, soit pour le désintéresser et empêcher ainsi la résolution de leurs droits. Le législateur a, dans ce but, prescrit au vendeur de notifier cette résolution aux créanciers inscrits décidant qu'elle ne deviendrait définitive qu'un mois après cette notification.

CHAPITRE III

Effets de l'action résolutoire

Suivant les principes du droit commun, l'action résolutoire a pour effet général de remettre les choses dans l'état où elles étaient avant la vente. Notamment tous les droits consentis par l'acquéreur sur la chose vendue sont résolus de plein droit.

Mais ici il faut tenir compte des complications qui pourront se produire notamment par suite de la répugnance nettement manifestée par le législateur à la désagrégation des éléments du fonds. Le législateur a pensé que le fonds devait être conservé dans son intégrité, sous peine de perdre la plus grande partie de sa valeur. Cette idée va entraîner des conséquences particulières que le législateur a prévues dans l'article 2, al. 3.

Il faudra enfin se demander, comme pour le privilège du vendeur, les conséquences de la faillite ou de la liquidation judiciaire, relativement aux effets de l'action résolutoire.

SECTION PREMIÈRE

Résolution des droits réels conférés par l'acheteur sur le fonds.

Le propre de l'action résolutoire, c'est de remettre les choses dans l'état où elles étaient avant la vente. Il faut en conclure que tous les droits réels qui auront été constitués par l'acquéreur à des tiers sur le fonds tomberont : *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.*

Conséquences. — *a*) Si un nantissement avait été constitué par l'acquéreur, ce nantissement serait annulé.

b) Si l'acquéreur avait revendu le fonds à un tiers, cette vente tomberait (1). Mais si les créanciers inscrits sur le fonds du chef de l'acquéreur, perdent tout droit de suivre le fonds dans les mains du précédent vendeur, l'article 2, § 3, leur conserve un droit de préférence. Après avoir imposé au premier vendeur le

(1) On pourrait se demander si le tiers acquéreur ainsi évince aura le droit de se rétablir. Nous le pensons. En effet, l'éviction est une cause de résolution. Le tiers acquéreur est censé n'avoir jamais été à la tête du fonds, le premier vendeur ne peut donc être considéré comme le tenant de ce tiers acquéreur.

remboursement du prix des marchandises et du matériel d'après l'estimation qui en sera faite sans la déduction de ce qui pourra lui rester dû, l'article 2 ajoute : « Le surplus, s'il y en a, devant rester le gage « des créanciers inscrits, et, à défaut, des créanciers « chirographaires ».

Nous ne pensons pas qu'il faille étendre ce droit au tiers sous acquéreur, qui a payé tout ou partie de son prix.

SECTION II

Mesure dans laquelle s'effectue la reprise du fonds.

Plusieurs hypothèses doivent être envisagées.

a. — Cas où le prix de certains éléments a été payé. — Si on se rapporte aux travaux préparatoires, on voit nettement formulée une idée à laquelle nous avons plusieurs fois déjà fait allusion : le désir de conserver au fonds son unité et les conséquences qui en dérivent : « L'action résolutoire, dit M. Cordelet, a son principe « dans l'inexécution des conditions de la vente, dont « la principale est le paiement du prix. Si le prix des « marchandises et le prix du matériel ont été payés « intégralement, la résolution ne peut plus porter ni « sur les marchandises, ni sur le matériel. Il est ce- « pendant de l'intérêt du débiteur et de ses créanciers

« que les marchandises et le matériel ne soient pas sé-
« parés des autres éléments du fonds ; ils pourraient
« perdre ainsi une partie de leur valeur. C'est cette
« considération qui a dicté la disposition de l'article 2
« ci-dessus. Il est donc juste d'obliger dans tous les
« cas le vendeur qui exerce l'action résolutoire à re-
« prendre les marchandises et le matériel d'après l'es-
« timation qui en sera faite, sauf à retenir ce qui peut
« lui être dû par privilège sur les marchandises, ou
« sur le matériel respectivement. Et la reprise des
« marchandises et du matériel s'exerçant alors, non en
« vertu de l'action résolutoire, mais en exécution de la
« condition imposée par la loi, les privilèges des au-
« tres créanciers inscrits, depuis la première vente,
« continueront à subsister et s'exerceront sur ce qui
« restera de l'estimation donnée aux marchandises et
« au matériel, après prélèvement de la créance privi-
« légiée du vendeur » (1).

En étudiant le privilège du vendeur, nous avons vu qu'il y avait lieu de diviser la vente du fonds en trois ventes distinctes portant respectivement sur chacun des éléments du fonds : marchandises, matériel, éléments incorporels. Pour chacune de ces ventes, le privilège s'exerce distinctement, en sorte que si le prix de l'un de ces éléments a été payé, le privilège en tant qu'il porte sur cet élément est éteint. Or, l'action résolutoire étant solidaire du privilège du vendeur, se trouve éteinte également quant à cet élément. De même que le

(1) Sénat, séance du 29 nov. 1907, V. n° 14, Sénat, année 1907.

privilège est en quelque sorte triple, l'action résolutoire l'est dans la même mesure.

La conséquence logique serait que l'acheteur devrait rester en possession de l'élément sur lequel ne peuvent plus s'exercer ni le privilège ni l'action résolutoire ; le fonds devrait revenir au vendeur uniquement composé des éléments non payés. C'est ce que le législateur n'a pas voulu. Dans son article 2, al. 3, il décide que « le vendeur est tenu de reprendre tous les élé-« ments du fonds qui ont fait partie de la vente, mê-« me ceux sur lesquels son privilège et son action « résolutoire sont éteints ». Supposons que le vendeur ait reçu le prix des marchandises, mais non des autres éléments, il devra cependant reprendre même les marchandises. Ou bien, on peut supposer que dans l'inscription, le vendeur n'a pas indiqué sur quels éléments il entendait réserver son privilège ; dans ce cas, le privilège et l'action résolutoire ne peuvent exister que pour les éléments incorporels du fonds, art 1, § 2. Néanmoins, le vendeur devra reprendre même le matériel et les marchandises.

Comment et à quel titre reprendra-t-il ces éléments sur lesquels le privilège et l'action résolutoire sont éteints ? Ce ne peut être en vertu de l'action résolutoire, puisqu'elle est éteinte, mais par une nouvelle acquisition, acquisition *lege*, résultant de la volonté du législateur. Et, en effet, s'il y avait résolution de la vente, le vendeur devrait restituer à l'acquéreur le prix qu'il a reçu de lui pour l'élément en question ; or, ce n'est pas ce prix qui devra être restitué, mais bien celui que les experts nommés à cet effet auront décidé

et qui pourra être supérieur ou inférieur à la somme qu'il aura lui-même reçue de l'acquéreur. De sorte que l'on pourra décomposer l'opération ainsi : le vendeur reprendra en vertu de l'action résolutoire ceux des éléments du fonds dont le prix ne lui aura pas été payé ; mais il acquerra ceux dont le prix lui aura été payé, ou qui n'étaient pas mentionnés dans l'inscription.

Il en résulte d'importantes conséquences : 1° Puisque à l'égard des éléments pour lesquels ne saurait fonctionner l'action résolutoire, il y a une acquisition nouvelle, acquisition *lege*, il y aura lieu de satisfaire aux exigences de publicité de la loi du 17 mars 1909, relativement aux ventes de fonds de commerce, c'est-à-dire à la publication prévue par l'article 3.

2° Le vendeur pourra, quant à ces éléments, procéder à la purge des privilèges inscrits.

3° Ces éléments entreront dans le patrimoine du vendeur, grevés des droits qui les frappaient entre les mains de l'acquéreur, du chef de celui-ci, ainsi que du droit de gage général de ses créanciers chirographaires; cette dernière conséquence s'explique par le droit de suite que la loi accorde aux créanciers chirographaires sur le fonds de commerce.

Que décider à l'égard des éléments nouveaux qui n'existaient pas au moment de la vente et qui ont été ajoutés au fonds par l'acquéreur (brevets, licences, marques) ? Quant à eux, il ne saurait être question d'action résolutoire, le privilège n'ayant pu les atteindre, et il ne pourrait être question non plus d'acquisition *lege*. Le texte de l'article 2, al. 3, est formel : « Le « vendeur est tenu de reprendre tous les éléments du

« fonds, qui ont fait partie de la vente », et ceux-là seuls.

b. — On peut également et dans le même ordre d'idées, faire l'hypothèse suivante. On peut admettre tout d'abord, qu'un ou plusieurs des éléments du fonds de commerce ont augmenté de valeur entre les mains de l'acquéreur.

Supposons, par exemple, que les marchandises, au lieu de valoir 20.000 francs au moment où le vendeur les reprend aient une valeur estimée à 25.000 francs. Le vendeur sera tenu de restituer le supplément de l'estimation de ces marchandises au moment de la reprise, sans quoi il y aurait à son profit un enrichissement injuste. D'ailleurs, si l'on considère que le privilège du vendeur et l'action résolutoire sont solidaires, cette solution s'explique aisément par le raisonnement suivant : on sait qu'aux termes de l'article premier, al. 4, « le privilège du vendeur qui garantit chacun de ces « prix et ce qui en reste dû, s'exerce distinctement sur « les prix respectifs de la revente afférents aux mar- « chandises, au matériel et aux éléments incorporels du « fonds », ce qui signifie, si l'on se rapporte aux travaux préparatoires, que le matériel réparé ou partiellement renouvelé, n'est censé subrogé à l'ancien et les marchandises ne sont censées subrogées à celles existantes lors de la première vente, que pour la valeur qui leur a été attribuée dans cette vente. Il faudra donc distinguer. Les marchandises entreront dans le patrimoine par l'effet de l'action résolutoire, jusqu'à concurrence de la valeur qu'elles avaient au moment de la vente (dans l'espèce, jusqu'à concurrence de 20.000

francs) ; mais pour le surplus, elles feront l'objet d'une véritable acquisition de la part du vendeur, acquisition forcée, pour laquelle il devra débourser la différence entre le prix de vente et l'estimation au moment de la reprise.

Nous avons supposé jusqu'ici et l'article 2, al. 3, suppose évidemment que les marchandises ou le matériel avaient augmenté de valeur entre les mains de l'acquéreur. Que décider, si les marchandises, par exemple, ont subi une diminution de valeur ?

On pourrait être tenté de dire que le vendeur ne profitant pas de l'augmentation de valeur, puisqu'il est obligé de payer l'évaluation de cette augmentation, ne doit pas souffrir des diminutions de valeur et a droit à une indemnité ou tout au moins, s'il a reçu des acomptes, de retenir ceux-ci, jusqu'à concurrence de la différence entre la valeur primitive du fonds et sa valeur actuelle. Ce serait méconnaître les caractères mêmes de l'action résolutoire. Celle-ci remet les choses dans l'état où elles étaient et la reprise du fonds aura pour contre-partie nécessaire, le remboursement des acomptes reçus ; mais ceci ne signifie pas que l'acquéreur ne devra jamais payer d'indemnité au vendeur au cas de moins-value. Le droit commun s'applique ici. Or, d'après celui-ci, au cas d'action résolutoire, il faut distinguer suivant que les détériorations apportées à la chose vendue sont survenues à la suite de cas fortuits, ou, au contraire, sont dues à la faute ou même au simple fait de l'acquéreur. Dans le premier cas, il n'y aura pas lieu à indemnité ; dans le second cas, une indemnité sera due par l'acquéreur.

Il est évident que cette indemnité pourrait être payée sous forme de compensation avec les acomptes à restituer par le vendeur ; mais à condition que l'indemnité et les acomptes se rapportent au même élément. Par exemple, les acomptes ont été versés sur le prix des marchandises, l'indemnité est due pour diminution de valeur du matériel, il n'y aura pas de compensation possible dans ce cas. En effet, il ne faut pas perdre de vue que la loi considère qu'il y a trois ventes distinctes pour chacune desquelles, il y a lieu d'établir un compte de reprise distinct.

Mais il faut éviter une confusion qui pourrait facilement se produire. L'indemnité n'est pas due de plein droit, par cela seul que les marchandises ou le matériel ont diminué de valeur, ce serait à tort que l'on poserait comme un principe la compensation entre les acomptes versés et l'indemnité due pour diminution du fonds. C'est là la simple indication d'un mode de paiement possible de l'indemnité au cas particulier où la moins-value est due au fait de l'acquéreur. Il faut toujours distinguer les deux cas prévus : faute de l'acquéreur ou cas fortuit (1).

---

(1) Un exemple fera comprendre la distinction à établir :

Matériel vendu.....	10.000 »
Acompte reçu.....	3.000 »
Reste dû.....	7.000 »

Valeur du matériel repris : 8.000 francs.

Si aucune faute ni négligence n'est relevée à l'encontre de l'acquéreur, le vendeur devra restituer les 3.000 francs d'acompte et reprendre le fonds pour sa valeur de 8.000 fr. Une faute est prouvée à l'encontre de l'acquéreur ; une indemnité de 10.000 — 8.000 = 2.000 francs sera due, qu'il pourra compenser avec les 3.000 francs à restituer. Il n'aura à débourser qu'une somme de 1000 francs.

c. — Les mêmes principes qui nous ont servi à solutionner les deux premières hypothèses, vont nous permettre de le faire pour le cas suivant.

Supposons que le prix des marchandises n'ait pas été intégralement payé, mais que cependant des acomptes aient été versés. Par exemple, 20.000 francs étaient dûs, 3.000 francs ont été payés. Le vendeur a évidemment le droit d'exercer l'action résolutoire. Mais voici qu'au moment de la reprise, les marchandises sont estimées 25.000 francs ; il exercera l'action résolutoire et reprendra les marchandises jusqu'à concurrence de 20.000 francs en restituant les 3.000 francs d'acomptes qu'il aura reçus. Et il devra acquérir le surplus des marchandises en versant 5.000 francs. En somme, il déboursera 5.000+3.000=8.000 francs. Tel est bien le résultat auquel on arrive en appliquant le § 3 de l'article 2. « Il est comptable du prix des marchandises et « du matériel existant au moment de sa reprise de « possession, d'après l'estimation qui en sera faite « par expertise contradictoire, amiable ou judiciaire, « sous la déduction de ce qui pourra lui rester dû, par « privilège sur les prix respectifs des marchandises et du matériel, le surplus, s'il y en a, devant rester le « gage des créanciers inscrits et à défaut des créan- « ciers chirographaires ». Il est donc comptable de 25.000 francs (prix des marchandises au moment de l'estimation), dont il faut déduire ce qui lui reste dû 20.000—3.000 d'acomptes = 17.000 francs), c'est-à-dire qu'il devra payer 8.000 francs.

Il y a lieu de remarquer l'erreur commise par le législateur. Celui-ci, après avoir posé la règle, ajoute :

« le surplus, s'il y en a, devant rester le gage des « créanciers inscrits, et, à défaut, des créanciers chi- « rographaires ». D'après cela, il semble que les créanciers auraient le droit de suivre entre les mains du vendeur, la somme entière de 8.000 francs, représentant effectivement la différence entre l'estimation et ce qui lui reste dû, mais c'est une conclusion qui serait inexacte. En effet, c'est uniquement l'augmentation de valeur des marchandises c'est-à-dire 5.000 francs qui resteront le gage des créanciers de l'acquéreur, car ceux-là seuls, représentent le prix d'une acquisition nouvelle qui est tout à fait indépendante de la reprise à suite de l'action résolutoire.

C'est ce qu'avait très bien vu le rapporteur de la loi lorsqu'il disait : « Les privilèges des autres créanciers « inscrits depuis la première vente continueront à sub- « sister et s'exerceront sur ce qui restera de l'estima- « tion donnée aux marchandises et au matériel, après « prélèvement de la créance privilègiée du vendeur ». et, en effet, la différence entre l'estimation (25.000) et la créance privilégiée du vendeur (20.000), est bien 5.000 francs.

Le législateur décide que l'estimation du fonds se fera au moyen d'une expertise « contradictoire, amiable ou judiciaire ».

Par expertise contradictoire, qu'a voulu dire au juste le législateur ? S'il a entendu édicter par là que l'acquéreur et le vendeur doivent être présents, il était inutile de le mentionner, tant cela était évident. Selon une opinion, le législateur aurait entendu décider que les experts amiables devraient se conformer aux règles

prescrites par les articles 315 et 317, dont ils sont dispensés de droit commun, dans la mesure où elles assurent le caractère contradictoire de l'expertise. Cela nous semble difficile à admettre. Rien d'ailleurs dans les travaux préparatoires ne permet de penser que le législateur ait entendu consacrer cette dérogation au droit commun. Les créanciers inscrits sur le fonds du chef de l'acquéreur auront le droit en vertu de l'article 1166 de demander l'expertise judiciaire, ils pourront contester l'estimation, car ils ont intérêt à ce que l'estimation soit la plus élevée possible.

SECTION III

Influence de la faillite sur l'action résolutoire

L'article 2, al. 7, en décidant que le privilège du vendeur d'un fonds de commerce peut s'inscrire après la faillite de l'acquéreur écarte ici une difficulté qui se pose en matière de vente d'immeubles en cas de faillite. On sait que le vendeur d'immeubles ne peut plus inscrire son privilège après la faillite et alors s'agite la question de savoir s'il peut exercer encore son action résolutoire. Mais grâce à l'article 2, § 6, la difficulté n'existe plus ici. Il était naturel que l'action résolutoire solidaire du privilège du vendeur suive le sort de celui-ci au cas de faillite. C'est ce qu'a décidé l'article 2, § 6. M. Cordelet, dans son rapport supplémentaire s'exprimait ainsi : « En matière de vente « d'immeubles, l'action résolutoire peut être intentée « contre la faillite, à la seule condition que le privi- « lège ait été conservé (Loi du 23 mars 1855, article 7). « Il n'y a pas de raison de décider différemment en « matière de vente de fonds de commerce, puisque « désormais, aux termes de la proposition de loi, la « publicité du privilège, par l'inscription le rendra op- « posable à la faillite et que ce point n'est pas con- « testé. Le sort de l'action résolutoire sera également

« lié à celui du privilège auquel il ne pourra sur-
« vivre. Mais si le privilège a été régulièrement inscrit
« et conservé, l'action résolutoire subsistera et pourra
« être exercée, comme le privilège à l'encontre de la
« faillite sauf au vendeur à opter entre l'un et l'autre.
« On ne saurait priver le vendeur de l'un de ces
« deux moyens d'action au moment même où ils lui
« deviennent le plus nécessaire. Il aura le droit entre
« l'action résolutoire et la surenchère lorsqu'il sera en
« présence d'un prix qui ne doit pas suffire à le dé-
« sintéresser » (1).

Seulement, cette faculté d'intenter l'action résolutoire même après la déclaration de faillite aurait eu pour conséquence de nuire à la réalisation des fonds de commerce sur lesquels pèse cette menace. Nous verrons, en étudiant les causes d'extinction de l'action résolutoire, que le législateur a organisé une purge de l'action résolutoire en vue de remédier à cet inconvénient.

L'action résolutoire étant opposable à la faillite quand le vendeur s'est conformé aux dispositions de la loi pour en assurer la conservation, les créanciers de la faillite verront le fonds sortir du patrimoine du failli, et ainsi sera absorbée la presque totalité de l'actif net.

Il y a là un grave danger pour les tiers. Sans doute ceux-ci sont avertis par l'inscription, et ce serait une imprudence de leur part de ne pas cousulter antérieu-

(1) Sénat, séance du 29 nop. 1907, V. n° 14, Sénat, année 1907.

rement le registre des inscriptions. Néanmoins, on peut se demander si les sûretés qui suffiraient en matière civile sont suffisantes au même degré en matière commerciale.

CHAPITRE IV

Extinction de l'action résolutoire

Nous avons vu que l'action résolutoire devait être expressément réservée dans l'inscription du privilège et qu'à défaut de cette réserve expresse, elle ne naissait pas. Elle s'éteindrait par une renonciation. Accessoirement elle disparaîtra avec la créance dont elle est la garantie.

Notons que le législateur ayant distingué trois ventes distinctes, elle peut s'éteindre par rapport à l'une de ces trois ventes, si la créance afférant à l'élément correspondant est éteinte et subsister pour les deux autres.

De même, le principe de la solidarité qui lie le privilège et l'action résolutoire aura pour conséquence d'amener l'extinction de celle-ci toutes les fois que s'éteindra le privilège, en remarquant toutefois que si au moment où l'action résolutoire était intentée le privilège existait, l'action résolutoire pourrait continuer à s'exercer nonobstant la péremption de l'inscription du privilège.

Mais il est une cause d'extinction de l'action résolutoire par voie principale qui lui est particulière et sur

laquelle il convient de s'arrêter. La menace d'une action résolutoire possible de la part du vendeur peut être un obstacle à la réalisation du fonds de commerce. Aussi, le législateur a-t-il organisé une purge spéciale de l'action résolutoire prévue par l'article 2, al. 6. « Lorsque la vente d'un fonds est poursuivie aux « enchères publiques, soit à la requête d'un syndic de « faillite, de tous liquidateurs ou administrateurs judi- « ciaires, soit judiciairement à la requête de tout autre « ayant-droit, le poursuivant doit la notifier aux pré- « cédents vendeurs au domicile élu dans leurs inscrip- « tions, avec déclaration que faute par eux d'intenter « l'action résolutoire dans le mois de la notification, « ils seront déchus à l'égard de l'adjudicataire du « droit de l'exercer ».

Remarquons immédiatement que, malgré ce que semble dire le texte, ce n'est pas la vente mais bien la poursuite de la vente qu'il s'agit de notifier. C'est ce qui résulte de l'explication suivante donnée par M. Cordelet, dans les travaux préparatoires : « Le vendeur du fonds ainsi mis en demeure par la *notification de la poursuite*... » Ainsi, le poursuivant devra adresser une mise en demeure au vendeur d'avoir à exercer son action résolutoire dans le mois de la notification qui lui sera faite et ce à peine de forclusion (1).

---

(1) Si le poursuivant est un mandataire de justice, il devra notifier l'ordonnance ou le jugement qui l'autorise à procéder.

Si le poursuivant est tout autre ayant-droit, il notifiera soit l'assignation délivrée à sa requête en conformité des articles 15, 16, 18, 23 de la loi, soit le jugement qui ordonnera la vente.

La parenté du texte de la loi du 17 mars 1909 avec l'article 692, § 8 du Code de procédure civile, est ici évidente, et c'est une manifestation nouvelle de l'analogie établie entre les fonds de commerce meuble incorporel et les biens immobiliers. L'article 692, porte, en effet, qu'à défaut de former sa demande en résolution et de la notifier au greffe avant l'adjudication, le vendeur sera définitivement déchu à l'égard de l'adjudicataire du droit de la faire prononcer.

Le législateur, dans l'article, 692, indique clairement que la notification doit être faite avant l'adjudication ; à la vérité, notre texte n'est pas aussi précis quant à ce dernier point ; mais le but même du législateur, en édictant la mesure de l'article 2, al. 6, prouve que le vendeur doit intenter l'action résolutoire avant même l'adjudication, puisque c'est afin de ne pas éloigner les enchérisseurs par la menace d'une résolution possible. D'autre part, aux termes de l'article 2, al. 2, l'action résolutoire ne peut être intentée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège et l'adjudication purge le privilège. En sorte, que la notification doit précéder d'un mois au moins l'adjudication, afin de permettre au vendeur d'exercer son action résolutoire dans le mois de la notification.

Le vendeur a donc une situation différente à cet égard des autres créanciers inscrits sur le fonds auxquels sommation est faite de prendre communication du cahier des charges quinze jours avant la vente. « Le « vendeur du fonds, disent les travaux préparatoires, « ainsi mis en demeure par la notification de la pour-

« suite, peut intenter l'action résolutoire dans le délai « imparti, lors même que son prix ne serait pas encore « exigible ». Et cela se comprend, car, en pareille occurence, le débiteur sera évidemment en faillite ou en déconfiture et, aux termes de l'article 1188, la faillite et la déconfiture sont des causes de déchéance du terme.

Cas où la purge est possible. — Il convient de se demander quelles sont les ventes qui donnent lieu à la notification et à la purge de l'action résolutoire.

L'article 2, § 6, mentionne les ventes faites aux enchères publiques, soit à la requête d'un syndic de faillite, de tous liquidateurs ou administrateurs judiciaires, soit judiciairement à la requête de tout autre ayant-droit. C'est donc seulement au cas de vente aux enchères publiques que la purge de l'action résolutoire est possible. Elle ne le serait pas au cas de vente volontaire, même faite aux enchères publiques, ni au cas de vente judiciaire faite dans les formes des articles 15 et 17 de la loi nouvelle.

Au cas de vente amiable ou de vente volontaire faite aux enchères publiques, l'acquéreur sera donc exposé à se voir évincé et devra, pour éviter cette éviction, demander le consentement du précédent vendeur. Il y aura là une renonciation tacite du vendeur. L'acquéreur qui n'aurait pas obtenu cette renonciation sera sous le coup de l'action résolutoire ; il ne pourra, dès lors, que se conformer aux dispositions de l'article 22, qui lui permettront de purger le privilège du vendeur,

ce qui aura pour conséquence l'extinction de l'action résolutoire.

La loi n'a pas prévu la sanction du défaut de notification. Si le créancier poursuivant n'a pas adressé la notification au vendeur, celui-ci ayant ignoré la poursuite, n'a aucune faute à se reprocher et la responsabilité incombera au poursuivant. Le vendeur conservera l'exercice de l'action résolutoire et l'adjudicataire pourra donc se voir évincé par lui, sauf à se retourner contre le poursuivant, ce dont il a évidemment le droit, pour lui demander réparation des conséquences dommageables qui résultent pour lui de l'exercice de l'action résolutoire. Au surplus, l'adjudicataire pourra facilement se renseigner sur l'existence du privilège du vendeur, et, par suite, de l'action résolutoire et il pourra s'assurer alors si la notification a bien été faite.

Il se pourrait que dans l'inscription de son privilège, le vendeur n'ait pas fait élection de domicile et que le poursuivant n'ait pu, par suite, lui notifier la poursuite. Le vendeur perdra son action résolutoire, car il ne peut s'en prendre qu'à lui.

Enfin, une dernière hypothèse peut être envisagée. Si l'on suppose que le poursuivant ayant demandé au greffier l'état des inscriptions, le greffier ait omis de mentionner l'inscription du vendeur, on ne peut incriminer l'acquéreur, qui ignorait l'existence du vendeur et il faut décider en conséquence, que le vendeur perd son action résolutoire, sauf à se retourner contre le greffier. Sans doute, on ne peut reprocher au vendeur aucune faute, mais cependant, n'étant pas payé, il était à présumer qu'il surveillerait le sort du fonds au

lieu que l'acquéreur, trompé par l'état des inscriptions, était persuadé que les précédents vendeurs avaient tous été payés de leur prix.

TITRE IV

CHAPITRE UNIQUE

Dispositions transitoires

L'importance des innovations introduites par la loi du 17 mars 1909 devait naturellement attirer l'attention du législateur sur les ventes antérieures à la présente loi. Dans quelles mesures fallait-il permettre aux vendeurs antérieurs au 17 mars 1909, de profiter des dispositions de la loi nouvelle ?

L'article 37 de la loi du 17 mars 1909 déclarait que cette loi ne serait exécutoire que six mois après sa promulgation .On avait expliqué l'admission d'un aussi long délai, par la nécessité de régler un grand nombre de mesures de détail par un règlement d'administration publique.

Ce n'était cependant pas une raison suffisante ; l'élaboration d'un certain nombre de mesures administratives, ne justifiait pas un aussi long délai, alors surtout que cette loi correspondait à un véritable besoin public. M. Cordelet, se faisant l'écho de ce sentiment, déclarait au Sénat, qu'il y avait un « intérêt évident

à rendre la loi du 17 mars 1909 exécutoire le plutôt possible ».

La loi du 1er avril 1909, fruit de ces observations, dispose (article 1er), que : « La loi du 17 mars 1909, « relative à la vente et au nantissement des fonds de « commerce, sera exécutoire dès la promulgation de la « présente loi, sauf en ce qui concerne les mesures « d'application renvoyées à un règlement d'adminis- « tration publique ». La loi du 17 mars 1909, était donc déclarée exécutoire à la date du 1er avril 1909, et les dispositions transitoires de la loi du 17 mars 1909, s'appliquaient désormais aux ventes antérieures à la date du 1er avril 1909. Mais, par suite de ce changement intervenu dans la législation, il y a lieu de faire une distinction.

1° Ventes antérieures au 17 mars 1909 ;

2° Ventes situées entre le 17 mars et le 1er avril 1909.

I. — *Ventes antérieures au 17 mars 1909.*

La disposition transitoire déclare un certain nombre de dispositions de la loi nouvelle applicables de plein droit aux ventes de fonds de commerce antérieures à sa promulgation, sans qu'il soit besoin d'aucune manifestation de volonté de la part de l'acquéreur. Mais elle déclare, par contre, certaines dispositions, applicables à ces ventes seulement, à condition que le vendeur ait fait un acte indiquant sa volonté de se placer sous le bénéfice de la loi nouvelle. Etudions ces deux dispositions du point de vue qui nous intéresse, c'est-à-dire du point de vue du privilège du vendeur et de l'action résolutoire.

a) Dispositions applicables sans qu'il soit besoin d'aucune manifestation de volonté de la part du vendeur.

La loi du 1er avril 1909 décide, dans son article 4, al. 2 : « L'article 2, §§ 4, 5, 6 ; l'article 6 ; l'article 13, §§ 3, 4, 5 et les articles 15 à 21, 27, 32 et 33, seront applicables dans tous les cas, aux ventes antérieures à la promulgation ». Les alinéas 4 et 5 de l'article 2, s'appliquent à l'exercice de la résolution judiciaire (al. 4), ou amiable (al. 5). L'article 13, aux alinéas 3 et 5, s'occupe de la déchéance du terme, au cas où le fonds viendrait à être déplacé sans le consentement des créanciers inscrits et parmi ceux-ci du vendeur naturellement.

b) Dispositions nécessitant pour leur application aux ventes antérieures au 17 mars 1909 une manifestation de volonté de la part du vendeur.

Elles sont indiquées par l'al. 1 de l'article 4 de la loi du 1er avril 1909, ainsi conçu : « Les §§ 1, 2, 3, 4 et « 6 de l'article 1er, les §§ 1, 2, 3, 7 de l'article 2, les « §§ 1 et 2 de l'article 13 et les articles 14, 22 à 26, « 28 à 31, 34 et 35 de la présente loi, seront applica- « bles aux ventes de fonds de commerce antérieures à la « promulgation de la loi, si les vendeurs ont fait ins- « crire le privilège dans le mois de cette promulga- « tion ». Toutes les dispositions visées par cet article nous intéressent. S'arrêter sur chacune d'elles en particulier, serait inutile, il suffit de se rapporter aux textes visés. Mais le législateur exige pour que le vendeur puisse profiter des avantages de la nouvelle loi qu'il ait manifesté sa volonté à cet égard. Il faut qu'il ait fait

inscrire son privilège dans le mois suivant la date de la promulgation de la loi, il avait donc un mois à partir du 17 mars 1909. C'est une innovation de la loi du 1er avril 1909.

La disposition transitoire de la loi du 17 mars 1909, fixait un délai de quinzaine ; c'était trop peu. La Chambre des notaires de Parit fit à cet égard des observations ; elles furent exposées à la Chambre par M. Boudet. « Les ventes antérieures à la promulgation de « la loi, disait M. Boudet, dans son rapport, et dont « les prix seraient encore dus en totalité ou en partie, « se comptent par milliers, et il serait impossible, « dans ce court délai de quinzaine, de rechercher les « minutes, d'aviser les intéressés et de savoir d'eux « ce qui reste dû sur le prix, de préparer les borde- « reaux d'inscription et d'en effectuer le dépôt, avec « l'expédition des titres au greffe du tribunal de com- « merce dans le ressort duquel le fonds est situé ». C'est pourquoi le délai fut porté à un mois.

Quelle est donc la portée de l'inscription prise dans le délai légal ? L'article 4 de la loi du 1er avril 1909, al. 1, nous renvoit à l'article 2, § 1 de la loi du 17 mars 1909. Or, d'après cet article, « elle (l'inscription) prime « toute inscription prise dans le même délai du chef « de l'acquéreur ». Dira-t-on que le privilège inscrit conformément à l'article 4 de la loi du 1er avril 1909, primera toute inscription de nantissement, quelle qu'en soit la date, ou doit-on dire que l'inscription du privilège primera toute inscription de nantissement même antérieure, mais prise seulement à partir du 17 mars 1909 ?

Un même problème se pose pour le cas de faillite de l'acquéreur du fonds. De la disposition transitoire modifiée par l'article 4 de la loi du 1er avril 1909, il résulte que celui qui, ayant vendu un fonds de commerce avant la loi de 1909, s'est inscrit dans le mois de sa promulgation, ne perdra pas son privilège, si son acheteur vient à être déclaré en faillite ; mais faut-il aller jusqu'à admettre que si, lors de la promulgation de la loi l'acheteur était déjà en faillite, le vendeur a pu par une inscription prise dans le mois de la promulgation, faire revivre son privilège éteint par la faillite ?

La jurisprudence a eu à se prononcer sur ce dernier cas. Un jugement du Tribunal de la Seine, en date du 13 nov. 1910, lui a refusé ce droit, mais en sens inverse un arrêt de la Cour de Paris, en date du 12 avril 1910, permet au contraire d'exercer son privilège (1).

Cette dernière solution nous paraît inacceptable ; elle est contraire à tous les principes généraux en matière de rétroactivité. Elle irait à l'encontre du droit acquis qu'avait la masse de se prévaloir contre le vendeur, de la perte de son privilège. L'application d'une loi nouvelle ne doit pas entraîner la lésion de droits acquis avant sa promulgation. C'est en vain que la Cour de Paris invoque à l'appui de sa thèse une phrase de M. Cordelet, où il est dit que « en s'inscrivant dans la quinzaine de la promulgation, le vendeur aura le

(1) La jurisprudence est divisée sur la question. — V. dans le sens du tribunal de la Seine, 13 nov. 1909 (*Mon. jud.*, Lyon, 10 fév. 1910) ; 11 fév. 1910 (*Gaz. Pal.*, 1910. 1. 522) ; Paris, 15 juillet 1910 (*Gaz. Pal.*, 1911. 1. 62) ; et 18 déc. 1909, cité en note sous Paris, 12 avril 1910 (*Gaz. Pal.*, 1910. 2. 330).

bénéfice de la disposition de l'article 2 ». Car, dans le même rapport, M. Cordelet avait déclaré quelques lignes plus haut, maintenir, en principe, la non-rétroactivité de la loi (1).

On peut prévoir une autre difficulté à propos du renvoi fait par l'article 4, al. 1 de la loi du 1er avril 1909 à l'article 1er de la loi du 17 mars 1909. Le privilège du vendeur du fonds de commerce ne naît dans la la loi nouvelle, qu'autant que la vente a été constatée par acte authentique ou sous-seing privé, et cet acte doit contenir certaines indications, notamment les éléments sur lesquels porte la vente. A défaut d'indication le privilège ne peut porter que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage. Cette disposition aurait logiquement pour effet de limiter à ces éléments la plupart des ventes antérieures au 17 mars 1909. Mais dans les travaux préparatoires, la possibilité d'un acte complémentaire destiné à remédier à cette conséquence a été prévu ; pour le cas où cet acte n'aurait pas été dressé, le vendeur a pu mentionner dans l'inscription les éléments du fonds qu'il prétend faire partie de la vente, sauf contestation « Les parties pourront, dit M. Cordelet, d'un commun « accord suppléer à cette lacune dans un acte complé- « mentaire et, à défaut de cet acte, il semble que le « vendeur, interprétant son contrat, sauf contestation

(1) Sess. ord. 1909, Séance du 19 mars, ann. 70. — V, D. P., 1909. 4. 61, note 5.

« des intéressés, pourra désigner dans l'inscription, « conformément à l'article 22 (dans la loi article 24), « les éléments du fonds qu'il prétend avoir été com- « pris dans la vente ».

II. — *Ventes situées entre le* 17 *mars et le* 1er *avril* 1909

L'article 2 de la loi du 1er avril 1909, décide, à propos de ces ventes, que « pourront se placer sous le « régime de la loi du 17 mars 1909, le vendeur et le « créancier gagiste dont les contrats sont intervenus « entre la promulgation de ladite loi et la promulga- « tion de la présente loi, à la charge d'inscrire leur « privilège, dans la quinzaine de cette dernière pro- mulgation ». C'est donc une option qui a été laissée aux vendeurs dont les contrats se plaçaient entre les deux dates extrêmes du 17 mars et du 1er avril 1909.

Les vendeurs qui ont voulu bénéficier des dispositions de la loi nouvelle, ont dû inscrire leur privilège dans les quinze jours suivant la promulgation de la loi du 1er avril 1909. Cependant il ne paraît pas douteux que si l'inscription avait été faite entre le 17 mars et le 1er avril 1909, on ne doive lui faire produire les mêmes effets. Il serait peu logique d'en décider autrement. Le vendeur qui aurait inscrit son privilège avant le 1er avril 1909 aurait suffisamment manifesté sa volonté de profiter des dispositions nouvelles.

Si l'on compare les situations respectives des vendeurs dont les contrats sont antérieurs au 17 mars 1909 et de ceux dont les contrats sont situés dans la période intermédiaire entre le 17 mars et le 1er avril, on cons-

tate dans la loi un profond illogisme. En effet, aux termes de l'article 2 de la disposition transitoire, certaines dispositions de la nouvelle loi, notamment les alinéas 4 et 5 de l'article 2, sont applicables de plein droit aux ventes antérieures au 17 mars 1909 ; or, l'article 2 de la loi du 1er avril 1909, qui s'occupe des ventes situées dans la période intermédiaire, reste muet sur ce point.

Il n'y a aucune bonne raison à cette différence de traitement. En effet, les dispositions visées par le paragraphe 2 de la disposition transitoire, ont été édictées dans l'intérêt des tiers et il peut sembler assez peu raisonnable, d'en faire dépendre l'application de la volonté du vendeur. D'autre part, comment expliquer que les contrats dont la date est la plus proche de la loi nouvelle échappent à des dispositions qui s'appliquent de plein droit à des contrats antérieurs à sa promulgation. L'illogisme d'une pareille différence ne permet-elle pas de passer outre à la lettre du texte et de décider que le paragraphe 2 de la disposition transitoire atteindra les ventes situées dans la période intermédiaire entre le 17 mars et le 1er avril. Nous ne pensons pas que l'on puisse ainsi aller à l'encontre de textes formels. La loi du 1er avril 1909 s'occupe uniquement des « ventes antérieures à sa promulgation ». D'autre part, M. Cordelet avait signalé ce danger de l'option laissé aux vendeurs intermédiaires. « Ce serait leur permettre, disait-il, de rester sous le régime d'une législation dont l'insuffisance et les dangers ont été tant de fois signalés ».

De quelques conflits. — Le paragraphe 3 de la disposition transitoire prévoyant la régularisation des inscriptions de natissement antérieures à la promulgation de la loi « et dont l'inscription n'énoncera pas ce qui leur est dû en principal et les conditions relatives aux intérêts et à l'exigibilité », décide, qu'à défaut de cette régularisation « cette inscription ne sera pas opposable aux créanciers qui auront satisfait aux dispositions de la présente loi ». Ceci dit, voici quelques situations susceptibles de se présenter :

a. — Vendeur postérieur au 17 mars et ayant agi conformément aux dispositions de la loi nouvelle en présence d'un créancier gagiste antérieur à la loi et n'ayant par régularisé son inscription. Le vendeur ayant satisfait à la loi, l'inscription du nantissement ne lui sera pas opposable.

b. — Même cas que le précédent, mais créancier gagiste ayant régularisé son inscription. Cette inscription est opposable au vendeur.

c. — Vendeur antérieur à la loi et ayant agi conformément aux dispositions transitoires et à la loi du 1er avril 1909 en présence d'un créancier gagiste n'ayant pas régularisé, le vendeur ayant satisfait à la loi doit l'emporter.

d. — Vendeur antérieur à la loi ayant fait inscrire dans le délai prévu son privilège, en présence d'un créancier nanti inscrit avant lui, dans le mois même

de la promulgation de la loi. Le vendeur a un droit d'antériorité (1).

---

(1) A moins que l'inscription du créancier nanti, ne soit le renouvellement d'une inscription précédente qui n'a pas été radiée. Notons qu'on ne saurait repousser la demande de privilège du vendeur qui s'est conformé aux prescriptions légales sous le prétexte qu'il aurait été admis au passif chirographaire de son acquéreur en faillite, antérieurement à la loi nouvelle et qu'il serait ainsi lié par le contrat judiciaire intervenu à cette époque. La vérification et l'admission de sa créance ne pouvant avoir eu pour objet en la circonstance que d'en constater l'existence et la quotité ne constituent point en ce qui concerne sa nature et sa qualité privilégiée un règlement définitif impliquant novation, le vendeur n'ayant pu renoncer à un privilège dont il était alors privé par l'événement de la faillite et dont il n'a été remis en possession rétroactivement que par la loi du 17 mars 1909. Paris, 12 avril 1910, *Gaz Trib.*, 7 juin 1910.

CRITIQUES

des dispositions de la loi du 17 mars 1909 quant au privilège et à l'action résolutoire du vendeur de fonds de commerce

En exposant au début de cette étude à quels besoins correspondaient les initiatives législatives qui ont abouti à la loi du 17 mars 1909, nous avons suffisamment montré l'opportunité d'une réforme. Il est seulement regrettable que les efforts louables qui l'ont amenée, n'aient pas fait disparaître d'une façon plus complète les hésitations et les difficultés.

Pour ne parler que des points spéciaux dont nous nous sommes occupés, et en laissant de côté toutes les autres questions envisagées par la loi du 17 mars 1909, on peut regretter que le législateur n'ait pas prévu certaines difficultés susceptibles de donner lieu à bien des discussions.

Nous avons signalé dès le début le danger résultant pour le crédit des commerçants de la pratique du nantissement consenti sur son fonds par l'acquéreur au profit du vendeur et les protestations émanées à ce sujet des Chambres de commerce. Cette pratique étant née du défaut de sécurité qui résultait pour le vendeur de l'impossibilité de faire valoir son privilège en cas de faillite ou de revente du fonds, et cette impossibilité

ayant elle-même pour cause le défaut de publicité, le législateur a pensé que la publicité qu'il organisait pour ce privilège aurait pour résultat d'y mettre fin. Il est permis d'en douter, car il y aura toujours pour le vendeur un gros intérêt à se faire consentir un nantissement par son acquéreur.

C'est qu'en effet, d'après la loi du 17 mars 1909, le vendeur ne pourra exercer son privilège pour ce qui restera dû sur le prix de vente de chaque élément que sur le prix de revente de l'élément correspondant (art. 1, § 4). Au contraire, le privilège du créancier nanti garantit la totalité de la créance et chacune de ses parties. Si l'on suppose que le fonds ait été vendu 100.000 francs, ainsi répartis : 25.000 francs pour les marchandises ; 40.000 francs pour le matériel ; 35.000 francs pour les éléments incorporels, que l'acquéreur ait payé au vendeur une somme de 70.000 francs ; en vertu de la règle de l'imputation des paiements, le matériel et les marchandises sont libérés par ce paiement ; il reste devoir 30.000 francs. Si, par exemple, lors de la revente, le prix des éléments incorporels a été fixé à la somme de 10.000 francs, le privilège ne pourra s'exercer que pour ces 10.000 francs et pour les 20.000 francs restant à devoir, le vendeur ne sera que créancier chirographaire. Au contraire, le nantissement à lui consenti, lui permettra d'exercer son privilège sur le prix global de revente du fonds (marchandises, matériel, éléments incorporels), ce qui pourra lui permettre d'être intégralement payé.

Mais alors, le plus souvent, la loi sera lettre morte, puisqu'il sera possible de la tourner par le moyen d'un

nantissement. Seule, une disposition légale interdisant au vendeur de prendre un nantissement sur le fonds, éviterait cet état de choses. Actuellement, étant donnée l'utilité incontestable de ce nantissement pour le vendeur d'un fonds, on ne saurait que lui conseiller d'en profiter.

On peut également reprocher à la loi nouvelle d'avoir laissé sans sanction précise un certain nombre de ses prescriptions. Le législateur averti des difficultés qui s'étaient présentées en matière d'inscription hypothécaire, sur le point de savoir quelles sont les mentions dont l'absence peut entraîner la nullité de l'inscription aurait pu, semble-t-il, se prononcer en matière d'inscription du privilège du vendeur ; on aurait ainsi évité bien des hésitations.

Nous avons également noté ce défaut de sanction au cas où la notification prévue par l'article 14 (résiliation du bail), n'ayant pas été faite, le tribunal a prononcé cependant la résiliation du bail.

L'obligation imposée au vendeur d'inscrire son privilège dans la quinzaine de la date de *l'acte de vente*, a pour résultat fréquent la confection d'un compromis, d'une promesse de vente, ou d'une évaluation provisoire, avec un droit sur les marchandises de 2.50 p. 100 au lieu de 0.625, s'il y avait eu inventaire détaillé. Il semble qu'on eût pu faire courir ce délai seulement du jour de la prise de possession, car c'est à partir de cette époque que les tiers traiteront avec le nouveau titulaire du fonds et la prise de possession est un acte suffisamment public. C'est ce que reconnaissait le rapporteur de la loi lorsqu'il déclarait : « la mutation du

« fonds de commerce est révélée aux tiers par la prise « de possession qui la suit, indépendamment même de « la publicité organisée par la présente loi. Les four- « nisseurs en relation avec l'ancien propriétaire la con- « naîtront nécessairement... » Nous avons vu d'ailleurs un vœu conforme de la Chambre des notaires.

La loi du 17 mars 1909, en mentionnant le droit au bail dans la compréhension du fonds de commerce que nous avons qualifié de *stricto sensu*, considère ce droit au bail comme un des éléments primordiaux du fonds. Supposons que l'acte de vente ne désigne pas les éléments sur lesquels il porte, l'article 1, § 2, fixe l'assiette légale du privilège dans cette hypothèse, et notamment y comprend le droit au bail ; mais aux termes de l'article 1717 du Code civil, « le preneur a le droit de sous- « louer ou même de céder son bail à un autre, si cette « faculté ne lui a pas été interdite ». En sorte qu'au cas où le bailleur aurait usé de la faculté qu'il a d'interdire la sous-location ou la cession du bail, il y aurait un véritable conflit entre les dispositions de l'art. 1, § 2 et l'art. 1717. Il dépendra du bailleur de modifier la composition prévue par le législateur et donc l'assiette du privilège (1).

---

(1) Une question analogue est posée au sujet de l'article 15, § 1, relatif à la vente en bloc, au cas de saisie-exécution. Il a été jugé (Paris, 14 déc. 1909, *Gaz. Pal.*, 1910. 1. 80 ; Trib. civ. Lyon (ordonnance de référé), 2 sept. 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, p. 681), que le bailleur conservait le droit de s'adresser au juge des référés pour obtenir l'expulsion de son locataire commerçant, lorsque son bail lui confère ce droit auquel ne saurait faire échec la faculté reconnue audit locataire, de requérir du tribunal de commerce la vente globale de son fonds, en suite des poursui-

Sans doute, la jurisprudence paraît admettre qu'au cas où le bail a pour objet un fonds de commerce, le bailleur qui s'est réservé le droit d'agréer ou refuser le sous-locataire ou le cessionnaire du bail, doit faire connaître les motifs de son refus qui doit être légitimé par des raisons sérieuses ; le monde commercial s'est néanmoins préoccupé de cette situation et plusieurs Chambres de commerce ont émis le vœu qu'une disposition complémentaire fut ajoutée à la loi qui consacrât la solution jurisprudentielle. M. le député Thierry, avait soumis à l'approbation du parlement, la proposition suivante : « Le bailleur peut se réserver la faculté « d'agréer ou de refuser la sous-location ou la cession « du bail, mais pour les locations industrielles et com- « merciales, il doit formuler les motifs de son refus. « Les contestations sur la validité de ces motifs seront « soumises aux tribunaux de commerce ».

Rappelons enfin que si l'on admet la solution que nous croyons seule conforme à la loi et d'après laquelle le privilège du vendeur primera le privilège du bailleur, au cas de bail postérieur à la vente, cela aura pour résultat de rendre très difficile tout renouvellement de bail de la part du propriétaire.

---

tes de saisie-exécution exercées contre lui. Le bailleur doit seulement, s'il existe des créanciers inscrits, se conformer à leur égard aux prescriptions de l'art. 14, s'il invoque la clause de résiliation au cas de non paiement d'un terme inscrite dans son bail. L'autorisation de vente en bloc obtenue par le locataire ou ses créanciers, perdra ainsi beaucoup de son intérêt, lorsque la résolution du bail et l'expulsion étant prononcées, le principal élément du fonds de commerce et celui qui sert en quelque sorte de support à tous les autres, aura disparu.

Ainsi, l'application de la loi du 17 mars 1909, révélera de nombreuses difficultés pratiques. La jurisprudence aidera comme toujours la solution de certaines d'entre elles ; mais pour beaucoup l'intervention législative sera nécssaire.

BIBLIOGRAPHIE

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français.*

BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. — *Traité théorique et pratique de droit civil.*

BAYARD. — *Etude de la notion du fonds de commerce.*

BERNUS. — *De la vente et du nantissement des fonds de commerce,* 1909.

BOISTEL. — *Précis du cours de droit commercial.*

BOUTAUD et CHABROL. — *Traité des fonds de commerce.*

BOUVIER-BANGILLON. — Loi du 17 mars 1909, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce. — Lois nouvelles, *Revue de législation et de jurisprudence,* année 1909, p. 337 et s.

CATALAN. — *Etude sur la nature juridique des fonds de commerce.*

DALLOZ. — *Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence* (v° *fonds de commerce*), 1846. — *Jurisprudence générale,* 4e partie, *Lois et décrets,* année 1909.

DEMOLOMBE. — *Cours du code Napoléon,* t. IX et X.

LECLERC. — *Traité des fonds de commerce.*

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial,* 3e édition.

MAGNIN. — Essai sur le nantissement des fonds de commerce et la loi du 1er mars 1898, *Annales de droit commercial*, année 1899.

MONTIER-FAUCON. — De la vente et du nantissement des fonds de commerce, *Commentaire théorique et pratique* de la loi du 17 mars 1909, année 1909.

PERCEROU. — *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1903.

Répertoire général pratique du notariat, année 1909.

RIBARDEAU-DUMAS. — *Nouveau régime des ventes et des nantissements des fonds de commerce*, d'après les lois des 17 mars et 3 avril 1909, année 1909.

RUBENS DE COUDER. — V° *Fonds de commerce*, n°s 13 et 14.

THALLER .— *Traité de droit commercial.*

EMAN THIBAUT. — De la vente et du nantissemant des fonds de commerce, *Commentaire théorique et pratique* des lois du 17 mars et du 1er avril 1909, 1909.

Travaux préparatoires. — Proposition de loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, présentée au Sénat par M. Cordelet, le 21 mars 1905 (*Doc. parl.*, ann. n° 73). — Rapport sommaire au Sénat par M. Guillier, séance du 8 juin 1905 (*Dac. parl.*, ann. n° 161). — Rapport par M. Cordelet, 25 janvier 1907 (*Doc. parl.*, n° 14). — Nouvelle rédaction proposée par la commission, le 10 mai 1907. — Première délibération au Sénat, 16 mai 1907 (*J. off.* du 17 mai) ; 23 mai (*J. off.* du 24 mai) ; 24 mai et adoption (*J. Off.* du 25 mai 1907). — Nouvelle rédaction proposée par la Commission, entre la première et la deuxième délibération, le 28 juin 1907. — Rapport supplémentaire par M. Cordelet, séance du 29 nov. 1907 (*Doc. parl.*, n° 313). — 28 janvier 1908, ajournement de la deuxième délibération (*J. Off.* du 29 nov. 1908). — Deuxième délibération au Sénat, 6 mars 1908 (*J. Off.* du 7 mars) ; 13 mars et adoption (*J. Off.* du 14 mars 1908). — Transmission à la Chambre des députés. — Rapport Baudet à la Chambre des députés, 22 janvier 1909. — Adoption

après déclaration d'urgence, mais avec modification, par la Chambre, le 8 fév. 1909 (*J. Off.* du 9 fév.). — Transmission au Sénat le 9 fév. 1909 (*Doc. parl.*, n° 25). — Rapport par M Cordelet au Sénat, 18 fév. 1909 (*Doc. parl.*, n° 34) ; Sénat, séance du 2 mars 1909; adoption après déclaration d'urgence (*J. Off.* du 3 mars 1909).

VALERY. — *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1902.

WAHL. — Note dans Sirey, 97. 2. 90.

Vu : *Le Président de la thèse*,

JULES VALÉRY.

Montpellier, 3 juillet 1912.

Montpellier, le 4 juillet 1912.

M. le Doyen,..

VIGIÉ.

Vu et permis d'imprimer,

Montpellier, le 4 juillet 1912.

Le Recteur,

ANT. BENOIST.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

PRÉFACE 5

INTRODUCTION. — Le Fonds de Commerce..... 8

Section I. — Nature juridique du fonds de commerce 9

Section II. — Caractères du fonds de commerce. 17

Section III. — Eléments du fonds de commerce.. 20

TITRE PREMIER

Chapitre unique. — Situation du vendeur de fonds de commerce, antérieurement à la loi du 17 mars 1909. Nécessité dune réforme..... 27

TITRE II

Le Privilège du vendeur de fonds de commerce et la loi du 17 mars 1909..... 40

Chapitre Premier. — Conditions de forme..... 42

Section I. — Nécessité d'un acte écrit constatant la vente..... 42

Section II. — Inscription du privilège 46

Section III. — Ventes comprenant des marques de fabrique, brevets d'invention, dessins ou modèles industriels..... 66

Chapitre Deuxième. — Exercice du privilège du vendeur 72

Section I. — Assiette du privilège..... 72

Section II. — Fonctionnement du privilège..... 77

Section III. — Etendue de la créance garantie.. 85

PAGES

CHAPITRE TROISIÈME. — Effets du privilège du vendeur 88

Section I. — Droit de suite et de préférence.... 88

Section II. — Influence de la faillite et de la liquidation judiciaire sur le privilège du vendeur 114

Section III. — Extinction du privilège du vendeur..... 121

APPENDICE I. — Déplacement du fonds..... 125

APPENDICE II. — Résiliation du bail..... 133

APPENDICE III. — Conflits entre le privilège du vendeur et certains privilèges..... 137

TITRE III

L'action résolutoire du vendeur de Fonds de commerce et la loi du 17 mars 1909..... 143

CHAPITRE PREMIER. — Conditions d'existence de l'action résolutoire..... 144

CHAPITRE DEUXIÈME. — Exercice de l'action résolutoire. 147

CHAPITRE TROISIÈME. — Effets de l'action résolutoire. 150

Section I. — Résolution des droits réels conférés par l'acquéreur sur le fonds..... 151

Section II. — Mesure dans laquelle s'effectue la reprise du fonds..... 152

Section III. — Influence de la faillite de l'action résolutoire..... 162

CHAPITRE QUATRIÈME. — Extinction de l'action résolutoire..... 165

TITRE IV

CHAPITRE UNIQUE. — Dispositions transitoires..... 171

Critiques des dispositions de la loi du 17 mars 1909, quant au privilège et à l'action résolutoire du vendeur de fonds de commrrce..... 181

BIBLIOGRAPHIE..... 187

Nimes, — Imprimerie Régionale, 2, rue Bernard-Aton.